

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

L'ÉVOLUTION GÉNÉRALE DU PROCURATEUR

EN DROIT PRIVÉ ROMAIN

DES ORIGINES AU III^e SIÈCLE

Thèse pour le Doctorat en Droit

(SCIENCES JURIDIQUES)

*Présentée et soutenue devant la Faculté de Droit de Paris
le 20 juillet 1922, à 15 heures*

Par Gabriel LE BRAS

JURY	{	M. COLLINET, <i>Président</i>
		M. SENN, <i>Suffragant</i>
		M. GIFFARD, <i>Suffragant</i>

PARIS

" LES PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE "

49, Boulevard Saint-Michel, 49

1922

L'ÉVOLUTION GÉNÉRALE DU PROCURATEUR

EN DROIT PRIVÉ ROMAIN

DES ORIGINES AU III^e SIÈCLE

L'ÉVOLUTION GÉNÉRALE DU PROCURATEUR

EN DROIT PRIVÉ ROMAIN

DES ORIGINES AU III^e SIÈCLE

Thèse pour le Doctorat en Droit

(SCIENCES JURIDIQUES)

*Présentée et soutenue devant la Faculté de Droit de Paris
le 20 juillet 1922, à 15 heures*

Par Gabriel LE BRAS



JURY

M. COLLINET, *Président*

M. SENN, *Suffragant*

M. GIFFARD, *Suffragant*

PARIS

" LES PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE "

49, Boulevard Saint-Michel, 49

1922

Thèse de Doctorat

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Nous ne pouvons citer ici tous les maîtres qui nous ont aidé de leurs précieux conseils au cours de nos divers travaux: les meilleurs souvenirs que nous garderons de nos années d'études sont ceux que nous laissent les marques de leur sollicitude.

Nous devons beaucoup de reconnaissance à M. Collinet, professeur à la Faculté de Droit de Paris, non seulement pour le soin qu'il a mis à contrôler nos recherches, mais encore parce qu'il a été pendant trois ans notre guide très dévoué dans l'étude des principes du droit romain et spécialement dans l'examen critique des textes.

Pendant notre séjour à Rome, M. le professeur Bonfante nous a aimablement ouvert sa Salle de travail. En le remerciant, nous voulons exprimer notre gratitude aux savants et aux lettrés d'Italie, à qui nous sommes redevable de tant de bienfaits spirituels.

INTRODUCTION

I

HISTOIRE DES DOCTRINES

L'étude des textes romains relatifs au rôle des intermédiaires dans les actes juridiques a remis en pleine lumière un agent : le *procurator*, qui eut dans l'économie domestique, dans le droit, dans la société de la République et du Principat une place importante et dont la trace, déjà, s'effaçait, lorsque tomba l'Empire d'Occident.

L'histoire de cette découverte — on pourrait presque dire de cette renaissance — formerait un chapitre suggestif de l'Examen général des méthodes appliquées depuis un siècle à la discussion des fragments du Digeste. Aberrations du dogmatisme et de l'exégèse purement verbale, éclaircissements dus à l'histoire et aux sciences auxiliaires du droit, révolutions causées par la recherche des interpolations : on reconnaîtrait en traçant le tableau d'une expérience significative les résultats, les mérites et les erreurs de la critique moderne, ce qui est mort et ce qui survit de chaque système.

Notre première tâche sera de présenter une esquisse des théories relatives au *procurator*, d'écarter les hypothèses périmées, de fixer les conclusions certaines, d'énoncer les problèmes à résoudre.

1. C'est d'abord par sa position singulière dans la doctrine classique de la possession que le procureur a retenu l'attention des modernes.

Que le droit romain ait, en principe, exclu la représentation directe, presque tous les auteurs — sauf Savigny — en étaient d'accord. Une exception les embarrassait : l'acquisition de la possession par des intermédiaires est autorisée en divers endroits du *Corpus* : *per liberam personam omnium rerum possessio quaeri posse et per hanc dominium* (1).

Et la difficulté est singulièrement compliquée par ce fait que la formule contraire, appuyée par des textes nombreux, se trouve dans les *Sentences de Paul*, au Digeste et au Code : l'intermédiaire seul tirerait immédiatement profit de ses opérations (2).

2. Vers le milieu du siècle dernier, on expliquait communément cette contradiction de maximes par la variété des intentions du mandataire : parfois, il traite comme *représentant* et se propose d'incorporer immédiatement au patrimoine de son commettant la chose acquise ; d'autres fois, l'ayant achetée pour son compte, comme *remplaçant*, il se réserve de

(1) *D.* 41, 1, 20, 2. La même idée est exprimée dans d'autres textes, notamment *D.* 41, 1, 53 et *C.* 7, 32, 1.

(2) *D.* 17, 1, 8, 10 ; 20, 4, 3, 1 ; 41, 1, 59 ; 41, 4, 7, 2, etc. D'après ces textes, le mandataire acquiert la possession des choses qu'il a été chargé d'acheter. Il en doit faire tradition à son mandant. Paul exprime la règle générale que l'on ne peut acquérir la possession *per liberam personam* dans ses *Sentences*, V, 2, 2. On s'est demandé si la formule d'exclusion des tiers visait primitivement les *extraneæ personæ* ou les *liberæ personæ*, cf. Pacchioni ; *Per extraneam personam nobis adquiri non potest* (*Zeitschr. für das Pr. u. off. Recht...* vol. 30, 1903, p. 227, ss. Schlossmann, *Die Lehre von der Stellvertretung*, Leipzig, 1902, p. 188 ; ss.).

rendre son commettant propriétaire par une tradition ultérieure (3).

Une remarque de Ihering (4) devait ouvrir des voies nouvelles à la controverse : celui qui réalise l'acquisition *directe* est appelé par les jurisconsultes *procurator*. Et l'on pensait avoir établi que ce terme désigne toujours le *représentant* (5), lorsque, en 1881, Schlossmann, dans un ouvrage ingénieux et vigoureux, qui domine encore ce débat (6), entreprit d'ébranler les fondements des anciens et des nouveaux systèmes.

3. Il lui fut aisé d'établir que la distinction traditionnelle n'était qu'une pétition de principes. Elle supposait arbitrairement ce qu'il fallait démontrer : à savoir que le procureur acquiert toujours *alieno nomine*. Or, certains textes montrent qu'il n'y a point là une *nécessité* (7), mais une *faculté*, dont l'exercice a, d'ailleurs, pour conséquence : la réalisation immédiate du droit au profit du *dominus*. Le procureur n'est donc point, par définition, un représentant : il garde son nom même s'il acquiert *suo nomine* (8). Le Digeste, sur la lettre duquel se fondait la doctrine antérieure, ne réserve pas

(3) Sur ces théories anciennes, cf. Windscheid, *Lehrb. d. Pand.*, § 155.

(4) *Iahrb. f. Dogm.*, I (1857), p. 323, n. 48. Même remarque dans la première édition du Cours de Pandectes de Brinz (1857), p. 67.

(5) J. Amann, *Über den Begriff des procurator und des mandatarius nach röm. Recht*, Heidelberg, 1879.

(6) S. Schlossmann, *Der Besitzerwerb durch Dritte nach römischen und heutigen Rechte*, Leipzig, 1881.

(7) D. 41, 1, 13, 1 ; 41, 3, 47.

(8) D. 41, 2, 1, 20. Schlossmann insiste sur le sens de : *alieno nomine*. Cette expression signifierait : pour le compte d'autrui.

au pseudo-représentant le nom de *procurator* (9) et, par contre, les juriconsultes appliquent souvent au procureur la qualité de mandataire (10). Et, d'autre part, les textes qui attribuent au mandataire la possession ne contiennent aucune allusion à sa fonction supposée de *remplaçant*.

Ces observations démontraient que l'erreur des anciennes doctrines fut de chercher d'abord dans une distinction moderne (remplacement, représentation), puis dans le sens juridique d'un seul mot (*procurator*), la clé des énigmes. On prêtait aux Romains trop de sous-entendus. Le mauvais usage de la méthode analytique conduisait à des erreurs certaines, qui furent généralement reconnues et abandonnées.

4. Une vérité demeurait inébranlable : dans la plupart des cas où l'acquisition directe de la possession par l'intermédiaire d'autrui est permise, l'agent qui réalise cette opération est appelé *procurator*. Comment expliquer ce terme, s'il ne signifie point : *représentant* ?

La question serait, selon Schlossmann, assez mal posée par les modernes, car la maxime : *per liberam personam adquiri non potest* n'a point proprement pour objet d'exclure la représentation : elle affirme simplement l'autonomie économique de l'homme libre. Acquérir pour un maître : telle est la destinée de l'esclave, la marque de la servitude ; ne jamais acquérir directement pour autrui : tel est le signe et tel est l'imprescriptible privilège de l'homme libre.

(9) Toute *libera persona* peut, d'après certains textes du Digeste et du Code, acquérir directement à une autre personne la possession d'une chose.

(10) *D.* 17, 1, 49 ; 19, 1, 13, 25 ; 44, 2, 11, 7, etc.

Si le *procurator* fait exception à cette règle, c'est à cause de sa situation fort originale. Le mot : *procurator* ne caractérise pas un état juridique ; il désigne un homme vivant, un agent stable, qui acquiert la possession pour le *dominus* comme il accomplit tous les autres actes économiques et juridiques rendus nécessaires par l'*intendance générale* dont il est chargé. Il n'est point dans la sphère du droit : Schlossmann le sépare du *procurator litis*, « avec lequel il n'a guère de commun que le nom » (11), puis des procureurs gérants d'immeubles (12), pour en faire l'homme de confiance du grand propriétaire, son *factotum*, sans lien contractuel avec lui, un affranchi qui demeure toujours à sa disposition et dont la soumission étroite explique qu'il fait acquérir au groupe dont il est membre les profits ou les charges des actes qu'il passe. Quand les jurisconsultes écrivent : *procurator*, il s'agit toujours de ce *procurator omnium bonorum*.

Telle serait la physionomie ordinaire du procureur : ses rapports avec le maître sont sanctionnés par l'*actio negotiorum gestorum*. Mais la *libera administratio* peut lui être accordée : alors il devient mandataire général, et les jurisconsultes l'appellent : *verus procurator*.

Le procureur, à quelque catégorie qu'il appartienne (*verus* ou *falsus*) acquiert directement la possession au *dominus*. Certains textes laissent pourtant supposer qu'il devrait être muni d'un mandat. Mais ils sont antérieurs à une constitution de Sévère et Caracalla, de l'année 196 (13), d'après

(11) Schlossmann, *op. cit.*, p. 89.

(12) *Ibid.*, p. 102, n. 3.

(13) C. 7, 32, 1.

laquelle la possession peut être acquise au maître même sans qu'il s'en doute, *etiam ignoranti* — et il s'agit d'une ignorance absolue, non point de l'incertitude du mandant dont la volonté a été accomplie, et qui n'en est pas encore avisé — à la condition que le procureur eût agi *alieno nomine*, dans l'intérêt de son commettant (14).

En somme, la position sociale du procureur expliquerait seule ses pouvoirs extraordinaires.

5. Cette théorie, par certains côtés pleine de hardiesse, a rencontré en Allemagne et en Italie une très vive résistance (15). On s'est demandé pourquoi le droit romain aurait empêché un homme libre d'user de sa liberté au profit d'un autre, comment le principe tutélaire aurait été écarté pour des actes très graves. — l'acquisition de la possession et de la propriété — quand ils sont accomplis par l'homme que le droit devrait protéger avec le plus d'énergie, par le procureur dont Schlossmann fait un affranchi, et qui se trouve, en fait, sous la dépendance de son ancien maître — et contre lequel, surtout, le maître doit avoir des garanties.

Que les textes qui présentent le procureur comme muni

(14) Justinien aurait conservé par pure inadvertance au Digeste des textes aux termes desquels un mandat est exigé.

(15) Nous résumons dans ce paragraphe les critiques présentées par Fadda (*Archivio giuridico*, 1881, t. 27, p. 316-321); par Scialoia (*Cultura*, 1882, t. 1, p. 428-436); par Baron (*Kritisches Vierteljahreschrift*, 1881, t. 23, p. 512-521); par Eck (*Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht*, 1884, t. 30, p. 289-292); par Krüger (*Archiv für die civil. Praxis*, 1882, t. 66, p. 150-157); par Czyhlarz, *Zeitschr. für das Privat und öffentl. Recht*, 1883, t. 10, p. 145-149). — V. aussi L. Mitteis, *Die Lehre von der Stellvertretung nach röm. Recht*, Wien, 1885; O. Lenel, *Stellvertretung und Vollmacht*, *Ihering Jahrb.*, 1896 (36), p. 83, ss.

d'un mandat ou ses actes comme soumis à la ratification soient antérieurs à la constitution de l'année 196, personne ne songe à l'accorder. Sévère et Caracalla consacrent un ancien usage (16). Paul et Ulpien qui, tantôt exigent la condition du mandat, tantôt la passent sous silence, ne marquent point qu'ils ont un jour changé d'avis; au surplus, Schlossmann a exposé à sa manière la chronologie de leurs œuvres.

Pareillement, la conception du *procurator omnium bonorum* présentée par Schlossmann a été fortement contestée. Peut-on imaginer que les sources appelant *falsus procurator* celui qui agit sans mandat, le procureur normal, le *procurator omnium bonorum* se trouve ne pas être un *verus procurator*? Pourquoi le procureur sans *libera administratio* serait-il appelé *procurator omnium bonorum*? S'il est en dehors de la sphère du droit, sur quoi fonder son rôle juridique et notamment son droit d'agir contre les tiers?

La plupart des critiques concluent que rien n'autorise à regarder avec Schlossmann comme *procuratores omnium bonorum* tous les procureurs auxquels les textes n'attribuent pas la *libera administratio*, ni à considérer comme privés de fondement juridique ceux à qui n'est point faite cette concession générale.

6. Il est intéressant d'observer que le progrès des méthodes ramène les modernes à des positions occupées par les auteurs français du xvi^e siècle et même par les post-glossateurs et les décrétalistes.

La procuration générale avait été l'objet de plusieurs

(16) Ils le déclarent eux-mêmes : « *pridem receptum est* ». On n'a pas admis davantage que les mots : *etiam ignoranti* fussent une glose ajoutée au texte de Neratius dans *D. 41, 1, 13*.

décrétales insérées au *Corpus juris canonici* (17). Honorius III et Grégoire IX interprétant ces procurations, y reconnaissent la concession de pleins pouvoirs d'administrer et d'agir en justice. Les premiers commentateurs de leurs rescrits se bornèrent à rappeler les pouvoirs du procureur général et ses limitations. Mais au xv^e siècle, la notion du *procurator cum libera* (*administratione*) se répand dans les gloses et Panormitanus la sépare nettement de la *procuratio generalis* (18).

La façon dont la question avait été posée par deux fois au Saint-Siège, montre, en outre, quelle séparation profonde les hommes du Moyen-Age mettaient entre la procuration extra-judiciaire et la procuration judiciaire, puisque l'on conteste que la possibilité de plaider soit incluse dans la procuration générale.

La triple division admise par Schlossmann (*procurator omnium bonorum, procurator cum libera, procurator litis*) a donc été fortement marquée par d'autres docteurs moins subtils et moins élégants que lui, mais notablement plus anciens.

La réaction contre l'idée d'un *procurator omnium bonorum* sans administration que nous venons de signaler chez les modernes s'était déjà produite, aussi, lors de la seconde Renaissance du droit romain (19). Des interpolations significatives furent, en outre, relevées par Favre et, avant lui, par

(17) Notamment c. 9 et 11, X, 1, 38. — Nous ne pouvons que noter ici quelques observations brèves que n'ont point suggérées les auteurs qui ont étudié la conception médiévale du procureur et que nous développerons peut-être quelque jour.

(18) Panormitanus, *Sup. II Primi Decr. in c. 9 (Petitio), de procur.* n. .x

(19) Notamment F. Le Douaren, *In Lib. IV Cod. Commentarii, de jurejurando*, Lyon 1578, p. 9.

Cujas (20), qui a mis en relief une conception des rapports entre procureur et mandataire que le xix^e siècle devait largement utiliser (21).

C'est assez montrer sur le point qui nous occupe la continuité de l'effort d'analyse, les détours et retours de l'exégèse, et comment les modernes suivent, sans le savoir, par une sorte de *ricorso* dogmatique, dont on découvrirait aisément cent autres exemples, le cycle déjà parcouru par les docteurs du Moyen-Age et par les humanistes.

7. Peu de temps après que la critique eût fort ébranlé les hypothèses de Schlossmann, commençait la recherche active des interpolations, qui devait mettre en question l'authenticité de toutes les pièces du débat.

L'épreuve fut, un temps, assez favorable au procureur. On le rétablit dans des textes où les compilateurs l'avaient effacé. Kniep (22) consolida sur un point l'œuvre de Schlossmann, en montrant que *libera persona* a remplacé *procurator* dans la maxime : *per liberam personam... possessio quaeri posse...* Et ce n'est pas la seule généralisation byzantine qui ait coûté la vie à notre personnage (23).

Bientôt, on déplora davantage que presque partout où il

(20) Cujas a notamment relevé que *procurator* est parfois interpolé pour *cognitor*. (*Opera...* éd. Fabrot, III, col. 449). — Commentant la l. 1^{re} C. 7, 32, il écrit sur les mots : *per liberam personam : id est per procuratorem*. Il a critiqué plusieurs textes importants, notamment le fr. 11 D. 13, 7.

(21) V. par exemple ses *Commentaires in tit. XXXV, mand. vel. cont. Lib. IV Cod. ad l. 10*.

(22) Kniep, *Vacua possessio*, Iena, 1886.

(23) Ainsi dans le fr. 13, § 12, D. 5, 3, qui a probablement remplacé *procurator*.

subsistait, ce fût un prisonnier vêtu à la mode orientale. La tâche des interprètes a été de lui enlever l'un après l'autre ses ornements et ses liens.

L'exigence d'un mandat spécial pour les actes d'aliénation a été attribuée aux compilateurs par Bonfante (24), qui entend prouver l'interpolation du texte fondamental de Modestin (25) et des restrictions mises au pouvoir d'aliéner du procurateur.

Tout récemment, Albertario s'efforçait d'établir que cette mutilation est contemporaine du grand effort accompli par les Byzantins pour distinguer le mandat général et le mandat spécial (26), puis que le *procurator unius rei* est une création des commissaires, destinée à faire pendant à leur *procurator omnium bonorum* (27).

Quelques flèches de Beseler ont encore éprouvé des fragments du *Corpus* jusqu'alors épargnés par les chercheurs d'interpolations (28). S'il faut en croire les critiques, le *procurator* du Digeste est un tout autre personnage que le *procurator* de l'époque classique.

8. Ce qui donne à leur exégèse un grand prix, c'est qu'elle a pour fin de restaurer l'histoire et qu'elle fait appa-

(24) Bonfante, *Facoltà e decadenza del procuratore romano* (*Studi Schupfer*, 1898, I, p. 3-13 = *Scritti giuridici varii*, 1921, III, p. 250).

(25) D. 3, 3, 63.

(26) E. Albertario, *Actio de universitate et actio specialis in rem*, Roma, Athenaeum, 1919, 39, 1.

(27) E. Albertario, *Procurator unius rei* (extrait dagli *Studi nelle Scienze giuridiche et sociali*. Pavia. Anno VI. Vol. VI, 1921).

(28) G. Beseler, *Beiträge zur Kritik der röm. Rechtsquellen*, Heft 4, Tübingen, 1920, p. 51-61.

maître à la place d'une abstraction une figure vivante. L'œuvre de Schlossmann a substitué au verbalisme traditionnel la vision ou plutôt la divination d'une réalité. Schlossmann présentait le procureur romain comme un familier du maître, comme le véritable administrateur de la maison romaine. Scialoia insiste sur la longue durée de son activité (29), Lenel sur la multiplicité des affaires dont il est chargé (30), Bonfante, sur sa liberté d'action (31).

La faculté exceptionnelle qui lui est reconnue en matière de possession, est l'objet d'une enquête profonde. Une analyse de plus en plus affinée s'applique à son *animus* et l'on tend à reconnaître qu'il possède *animo alieno et corpore alieno* (32).

Cet accord provisoire sur un point important succède à d'assez vives controverses. Alibrandi voulait que la représentation n'eût été admise pour la possession qu'en faveur du *procurator* (33). Solazzi, en même temps qu'il réclamait pour les tuteurs et les agents des municipes le même privilège, restaurait la conception ancienne du *verus procurator*, du procureur mandataire (34).

Enfin, Schulz voit dans le *procurator* le seul agent qui

(29) Scialoia, *loc. cit.*, p. 435, s.

(30) Lenel, *loc. cit.*, p. 82.

(31) Bonfante, *Facoltà...*

(32) Cette opinion émise par Karlowa (*R. R. G.*, II, 338) a été ample-ment développée par Last (*Fragen der Besitzlehre, Iher. Jahrb.*, 1913, t. 62, p. 53, ss.), acceptée en partie par Lewald, *Z. S. S.*, 1913, t. 34, p. 451, et sans réserve par Rotondi (*Possessio quæ animo retinetur*, *Bull. dell' Istituto di dir. rom.*, 1921, a. 30, p. 112).

(33) I. Alibrandi, *Opere...*, Roma, 1896, I, 275, ss.

(34) S. Solazzi, *Di alcuni punti controversi nella dottrina romana del possesso per mezzo di rappresentanti*. *Mem. della R. Acad. di Sc. Lettere ed Arti*, in Modena. Série III, vol. XI. Modena 1914, p. 160, ss.

permette à l'époque classique de réaliser le constitut possessoire (35).

Tandis que l'on ranime ses traits et que ses aptitudes propres sont l'objet d'une expertise minutieuse, voici que se dévoile le grand rôle qu'il a joué dans le domaine des obligations et dans la création de plusieurs actions civiles ou prétoriennes.

La critique découvre en lui le modèle du mandataire général (36).

Et l'on incline à admettre que, déjà, sous la République, le préteur l'avait spécialement en vue lorsqu'il rédigea l'édit de *negotiiis gestis* (37). Mais, dans cet édit, s'agissait-il du *procurator litis* ou du *procurator omnium rerum*? Quelle influence eut le *procurator voluntarius* sur le développement de la *negotiorum gestio* (38). Quels furent les rapports entre *curatores* et *procuratores*? A-t-on, pour définir le *procurator* primitif, imité la *cura personae* ou la *cura bonorum*?

Autant de suggestions ou d'hypothèses, dont plusieurs sont en pleine floraison et qui, presque toutes, transforment les idées sur la fonction historique du *procurator*.

A quelle époque, sous quelle forme, pourquoi fut inven-

(35) F. Schulz, *Einführung in das Studium der Digesten*, Tübingen, 1916, p. 73, ss. — Les autres travaux modernes sur la possession ne contiennent rien d'original sur le procureur.

(36) Bonfante, *Istituzioni*, 6^e éd., 463, ss.

(37) Des renseignements précieux pour l'étude de ce problème ont été réunis par J. Partsch, *Studien zur negotiorum gestio*, I (*Sitzungsberichte der Heidelb. Akad. der Wissenschaften*, Band IV. Heidelberg, 1913).

(38) Cette question a été examinée par H. Peters, *Generelle und Spezielle Aktionen*, Z. S. S., 1911, R. A., p. 264, s.

tée l'*actio quasi-institoria* ? Sujets de controverse vive ! Et l'on en vient à employer — trop timidement — pour la résoudre la même méthode réaliste qui a renouvelé la physiologie du *procurator*, à considérer les ressemblances et les rapports pratiques entre le type social du *procurator* et celui de l'*institor* (39).

II

OBJET DE CE TRAVAIL — MÉTHODE

1. On eut raison, voulant approfondir le rôle des intermédiaires à Rome, de mettre au premier plan des recherches le *procurator*, par qui fut renversé en un point l'obstacle à la coopération des hommes libres.

Parce que les procureurs dirigent les affaires, se multiplient, et pourvoient à des besoins nouveaux, des usages et des règles pratiques naissent à l'occasion de leur activité.

Suivre leur destinée, les raisons de leurs changements et l'influence qu'ils eurent sur les institutions, et sur les solutions de la doctrine : c'est traverser quelques-uns des champs les plus agités de l'ancienne jurisprudence. Notion de la *fides*, pouvoirs des auxiliaires du maître, origines et développement de l'intervention des tiers dans les *negotia*, conception de l'*animus* : ces problèmes et d'autres encore se présentent à l'occasion des démarches du *procurator*.

Une monographie consacrée au *procurator* doit donc

(39) E. Rabel, *Ein Ruhmesblatt Papinians. Die Sogenannte actio quasi-institoria* (Mél. Zitelmann, 1913).

fournir quelques éclaircissements sur la condition des personnes dans la maison romaine, sur l'acquisition des droits et sur de larges parties du domaine des obligations.

En retrouvant les assises de la procuratelle, nous espérons marquer par quelle suite de circonstances les idées qui nous semblent naturelles, comme celle de la représentation, se sont imposées dans la pratique, bien que l'esprit eût quelque peine à les concevoir. Outre qu'il n'est pas vain de retracer les origines de principes fondamentaux de notre droit, il peut être instructif de rappeler comment les anciens concevaient, résolvaient des problèmes toujours actuels, avec une autorité telle que les rédacteurs de notre Code civil ont été hantés, au moment où ils définissaient la gestion d'affaires (1), par l'image du *procurator absentis*.

2. On a pensé tenir de la réalité assez de compte en reconnaissant le caractère « de fait » du procureur. « Type de la vie réelle », dit-on généralement. Mais le mot ne désigne-t-il pas des personnages divers ? Et s'il en est ainsi, existe-t-il entre ces personnages un lien et ce lien serait-il de nature juridique ?

Le procureur n'a jamais encore été bien identifié. On a successivement examiné tous ses rôles, mais on n'a point écrit son histoire générale, qui, seule, peut rendre compte des règles de droit qui lui sont propres.

La « vie réelle » a été invoquée pour tout expliquer. L'a-t-on vraiment comprise ? On a remarqué sans trouble que

(1) Colin et Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, 2^e éd., Paris, 1920, t. II, p. 719.

Le procureur est associé dans les textes tantôt au tuteur et au curateur, tantôt à un esclave. Et ces groupements ont paru également naturels : le premier serait autorisé par la stabilité de l'office des trois personnes, le second par la qualité d'affranchi du procureur.

N'est-ce pas succomber à la tentation, si forte pour un juriste, de refaire à tout prix l'unité de la conception, au risque de retomber dans l'abstrait ? On a dit : le procureur est un homme. Mais sur son visage, un instant découvert, on a bien vite replacé un masque immobile et régulier.

Cependant, ne fallait-il point renoncer à trouver ici la belle et nécessaire logique des créations du droit pur ? N'est-il pas possible et normal que des hommes vivants aient changé de visage ? Il eût fallu regarder croître et se modifier ces agents soumis aux variations des temps et des usages.

Dire avec Schlossmann que le mot *procurator* n'a qu'un sens fondamental, c'est expulser de la maison romaine ceux qui ne répondent pas à un signalement trop sommairement établi, pour leur substituer des fantômes créés par la Glose. Nous ne sommes pas assurés de l'existence du *procurator omnium bonorum* sans administration, tandis qu'il nous paraît arbitraire de mélanger les procureurs administratifs sans tenir compte de leur condition sociale, d'exclure comme étranger le *procurator litis*, à propos duquel les jurisconsultes développent souvent leur théorie et que Cicéron n'avait pas l'idée d'isoler.

En d'autres termes, nous nous demandons : Où sont ces instruments, ces artisans du droit, qui semblent n'avoir pas reçu du droit leur naissance ? Le dogme de leur unité est uni-

versellement adopté (2) et pourtant chacun sait que le *libertus* en qui l'on reconnaît le type du procurateur n'est point le *procurator omnium rerum* dont parle Cicéron : c'est donc qu'il y eut une évolution ou bien des sources différentes.

3. L'objet de notre étude est étroitement limité. Il ne s'agit point d'étudier en détail et isolément le *procurator litis* et les procurateurs du droit public auxquels ont, d'ailleurs, été consacrés de solides ouvrages (3), ni de réconcilier, après une confrontation patiente, des textes irréductiblement contradictoires.

Notre dessein est plus simple et plus pratique : retrouver les ancêtres du procurateur, l'époque et les circonstances de sa venue, les formes qu'il revêt ; s'il est un mandataire ; chercher si le concept de procurateur a été unique à l'origine, et s'il ne se diversifie pas par la suite ; l'influence qu'ont exercée sur le droit privé ceux qui portent ce nom ; dans quelle mesure l'activité des procurateurs explique les règles qui les concernent, comment ils devinrent une abstraction juridique.

Une contribution historique à l'explication des textes relatifs au *procurator*, un groupement chronologique et synthétique des renseignements que nous possédons sur les réa-

(2) Cependant, Mitteis, *R. P. R.*, p. 205, a bien remarqué l'obscurité du mot : *procurator*.

(3) Sur le procurateur judiciaire cf. F. Eisele, *Cognitur und Procuratur*, Freiburg i. B., 1881 ; v. aussi Wirbell, *Le Cognitor*, thèse, Nancy, 1910). Sur les procurateurs impériaux : les travaux de Mommsen, Marquardt, Liebenam, Hirschfeld et le précieux article de M. Cagnat, dans le *Dictionnaire des Antiquités*. Les inscriptions permettent de connaître avec une netteté de plus en plus grande l'activité de ces procurateurs impériaux.

lités qui ont précédé ou guidé le travail de la jurisprudence classique : voilà l'entreprise qui nous a paru actuellement la plus propre à jeter quelque lumière sur les obscurités de tant de problèmes où surgit le *procurator*, sinon à résoudre les trop nombreuses difficultés dont deux circonstances durables : la pénurie de textes et le caprice des interpolateurs empêcheront toujours de percer le mystère.

Si l'on veut dominer l'ensemble des questions auxquelles est mêlé le procureur, il faut renoncer à enfermer cet agent dont l'activité revêt bien des formes, dans les cadres étroits, séparés, où la critique moderne l'emprisonne, et poser résolument le problème fondamental pour la solution duquel il est né.

Sous toutes ses formes, il se présente comme un auxiliaire qui pare aux dangers de l'absence d'un maître. Nous montrons l'insuffisance des remèdes imaginés au temps des Actions de la Loi pour prévenir ces périls graves, comment la coutume et la jurisprudence ont créé le *procurator*, défini de plus en plus rigoureusement ses pouvoirs, transporté dans le droit une institution régularisée d'abord par les mœurs. Et ainsi nous apparaîtra dans une série de solutions pratiques ou doctrinales tout un long effort de l'esprit juridique des Romains.

4. La méthode que nous suivrons sera résolument historique. Nous essaierons de justifier dans cet opuscule deux idées simples qui ont guidé nos travaux antérieurs :

1° Les règles les plus générales du droit sont le couronnement d'expériences nombreuses. L'analyse en démonte le

mécanisme ; seule, l'observation des réalités antécédentes ou concomitantes en explique la vie.

2° Etudier le développement d'une conception juridique, c'est entrer au cœur des plus hauts problèmes. Les idées générales — dont la découverte doit être le but de toute recherche — ne se laissent pas enfermer dans des ouvrages dogmatiques. Elles ne sont nulle part plus clairement reflétées que dans une institution qui s'écoule à travers plusieurs siècles.

5. L'emploi trop exclusif de l'exégèse, sans classement chronologique des textes ; l'examen successif de fragments isolés, ont embrouillé les discussions jusqu'à la fin du siècle dernier. Depuis lors, tout en réprouvant l'erreur du dogmatisme, on s'est bien souvent contenté de distinguer deux plans : le classique et le byzantin. Comme si le monde procédait par sauts ! A chaque instant, le conflit des raisonnements prépare les nouveaux aspects de la pensée. Ni l'immobilité, ni le progrès régulier ne sont la loi de l'esprit. D'un siècle à l'autre et en tout temps, les institutions et les idées évoluent, dans des voies souvent bien sinueuses, dont il nous faudra suivre les détours.

Chemin faisant, nous traverserons comme des carrefours obscurs : ceux où convergent les avenues du savoir. Car telle est la seconde faiblesse des recherches jusqu'à présent poursuivies : elles laissent dans l'ombre les questions qui relèvent à la fois de plusieurs disciplines. Le *procurator* fournit un exemple piquant des risques de la division extrême des sciences. Son infortune est d'intéresser trop de spécialistes. Philologues et juristes se renvoient les questions d'étymologie : des mots chargés de sens, comme *procurare* ou *mandare* sont assez mal

connus (4). Aux historiens de l'économie antique, qu'importe le fondement des pouvoirs du procurateur rural ? De son activité quotidienne, quel juriste s'est exactement informé ? Qu'un texte littéraire fasse mention du *procurator*, les traducteurs les plus savants ne reculent pas devant un sens inacceptable pour des historiens du droit (5) et ceux-ci, parfois, mésestiment la comédie de mœurs. Ces infirmités, ces lacunes ne disparaîtront tout à fait que le jour où sera pratiquée plus largement la collaboration scientifique. Du moins tâcherons-nous, dans ce très modeste essai, d'utiliser toutes les sources d'information et de ne point ajourner la discussion des principaux problèmes.

III

SOURCES

1. Lenel suppose que l'Edit du préteur contenait un titre (VIII) *de cognitoribus et procuratoribus et defensoribus*, mais le mot *procurator* ne se trouve qu'une fois dans les fragments qui nous sont parvenus (6) : encore est-il interpolé pour *cognitor*. La mention du *procurator* est incontestable dans la

(4) Les philologues n'ont pas étudié le mot *procurare*, malgré l'invitation de Kniep, *op. cit.*, p. 213. Ils hésitent un peu sur l'étymologie de *mandare* (*manu* ou *manum dare*) et renvoient aux juristes l'étude du mot : *manus*, qui est loin d'être achevée. Cf. E. Wölfflin, *Mandare* (*Archiv. f. Latein. Lexikogr. u. Gramm.*, vol. XIII (1904)).

(5) Le plus récent traducteur de l'*Oratio pro Quinctio* met : *mandataire*, ce qui rendrait difficile l'interprétation d'un passage des *Topiques* (10, 42).

(6) *D.* 3, 3, 8, 3. — Nous renonçons à faire un exposé purement historique des sources, pour ne pas mêler dans des alinéas un peu brefs consacrés à chaque période des textes disparates.

formule de l'interdit *unde vi* (7) et dans l'édit *de mancipiis vendundis* des édiles curules (8) : on remarquera qu'il s'agit alors d'un agent administratif, non point judiciaire.

2. Gaius consacre de longs développements au *procurator*, surtout à propos de la procédure (9) ? Malheureusement, deux des paragraphes les plus importants (10) contiennent une lacune grave, que chacun comble selon ses vœux. Les *Sentences* de Paul fournissent une définition fameuse, mais dont on a contesté l'authenticité, et des renseignements sur le *procurator ad litem* (11). La dernière partie des *Fragments du Vatican* a pour titre : *de cognitoribus et procuratoribus* (12).

3. Les textes relatifs au *procurator* sont très nombreux au Digeste et dans le Code de Justinien ; la plupart sont suspects de byzantinisme. Souvent, *procurator* remplace *cognitor*. Par contre, nous avons signalé qu'il est remplacé parfois par *libera persona*. Nous aurons à examiner si les autres interpolations générales proposées par les savants italiens sont aussi certaines.

4. Les *Basiliques* et les *scolies* fournissent des éclaircissements. Il est, par exemple, intéressant de noter que le

(7) *Oratio pro M. Tullio*, 19, 44 ; *pro A. Caecina*, 19, 55.

(8) *D.* 21, 1, 44, 1.

(9) *Institutes*, IV, 82-101. La mention du *procurator* se trouve dans plusieurs autres passages des *Institutes*.

(10) *Ibid.*, II, 64.

(11) *Sentences*, I, 2 et 3.

(12) *Fragm. Vat.*, 317-341.

γενικός προξουρατωρ est à la fois le *procurator omnium bonorum* et le *procurator cum libera* (13).

5. Deux textes épigraphiques très importants mentionnent le *procurator* : la loi agraire de 643/111 (14) (ligne 69) et la Table d'Héraclée (15). Mais leur utilisation ne va pas sans difficulté. Les discussions auxquelles le second de ces textes a donné lieu empêchent d'assigner au *procurator* qu'elle mentionne une place incontestée dans l'évolution du droit. Quant à la septième Table de la loi agraire qui contenait la mention du *procurator*, elle n'est connue que par des copies du xvi^e siècle, et l'orthographe du mot lui-même a donné lieu à des opinions divergentes.

Des monuments funéraires nombreux, élevés par des procureurs ou à des procureurs fournissent sur la condition sociale de ceux-ci des renseignements très utiles.

Un témoignage direct et de la plus haute importance sur le rôle des procureurs en Orient se trouve dans d'assez nombreux papyrus à partir du i^{er} siècle (16).

6. Puisque l'on a reconnu dans le *procurator* un type de la vie courante, il faut demander aux auteurs littéraires des renseignements sur sa personnalité.

P. de Francisci, voulant montrer quels services rend aux

(13) Cette observation a été présentée par Krüger dans son c. r. du livre de Schlossmann, p. 156. Elle est justifiée par une quinzaine de textes.

(14) I, n. 585, nouvelle éd. C. I. L. ; Girard, *Textes...* 4^e éd., p. 46.

(15) C. I. L., I, 593 ; Girard, *Textes...*, p. 80^e : le *procurator* y est plusieurs fois mentionné.

(16) Notamment le B. G. U., 300 (a. 148) et le P. Oxy, 727 (a. 154).

romanistes la lecture de Cicéron, juge que c'est assez de signaler comme exemple ce que l'on en peut tirer pour comprendre le *procurator* (17). En fait, Cicéron a été l'un de nos informateurs les plus précieux et les réserves que l'on a justement formulées sur sa terminologie ne sauraient être étendues aux passages qui concernent le procureur ; on y trouve une précision rare, un grand souci de la valeur technique des mots (18).

Pour l'époque antérieure, nous avons largement utilisé Plaute, mais seulement en des lieux où la suspicion générale d'hellénisme peut être raisonnablement écartée. Il s'agit tantôt de personnages dont on sait pour le moins qu'ils existent dans la *domus*, tantôt d'institutions incontestablement romaines (19).

Toutes les œuvres où se reflètent les mœurs romaines montrent l'image de quelque procureur : il en est un dans la demeure de Trimalchion (20), comme sur chacun des

(17) P. de Francisci, c. r. de l'ouvrage de Costa, *Cicerone giureconsulto*, dans *Archivio giuridico*, 1921, vol. 86, p. 251. Nous avons utilisé les renseignements réunis par Costa, dans la première partie de son étude, p. 173-175 et dans la III^e partie, p. 24, s.

(18) Nous citerons tous les textes classiques d'après les éditions de la *Biblioth. Teubneriana*. Cependant pour quelques textes particulièrement importants, nous renverrons à des éditions récentes. Dans tous les cas, nous indiquerons s'il y a lieu, les diverses leçons.

(19) Nous avons fait un renvoi, chaque fois que nous utilisons Plaute, aux nombreux travaux récents sur ses comédies. Parmi les ouvrages généraux celui de Costa (*Diritto privato nelle comedie di Plauto*, 1890) nous a été le plus utile.

(20) Les procureurs dont il est question dans le *Satiricon* ont été présentés par L. Debray, *Pétrone et le droit privé romain*, N. R. H., 1919, p. 45, ss.

domaines de Pline (21). Horace en compte parmi ses amis (22) et c'est un personnage symbolique, raillé dans les épigrammes (23), gravé dans les maximes (24).

Les traités sur l'agriculture, et particulièrement celui de Columelle (25) renferment des renseignements sur notre institution qui est liée à toute l'économie romaine.

7. Bien que l'on attribue au *procurator* une physionomie romaine, il convient de se demander s'il n'y a pas d'Athéniens parmi ses ascendants, d'interroger sur ce chapitre les Grecs.

Enfin, toutes les fois que l'opération nous a paru profitable et sans risque, nous avons recouru à la comparaison avec des coutumes ou des idées courantes dans les peuples de civilisation peu compliquée, comme l'était celle des Romains aux origines de leur histoire.

On se consolerait malaisément de remuer tant de richesses pour n'en retenir qu'une petite parcelle, de traverser tant de lumière pour répandre quelques rayons sur un personnage sans grande notoriété, si la vertu de la méthode historique n'était de montrer par une simple projection tout un monde et dans le cheminement d'une idée toute une expérience de l'esprit.

(21) L'ouvrage récent de C. E. Pulciano, *il diritto privato romano nell'epistolario di Plinio il Giovane* ne contient qu'un texte relatif à un procureur impérial (p. 170). Il y a d'autres renseignements à prendre dans les lettres de Pline, sur le procureur.

(22) Hor., *Ep.* I, 12.

(23) Martial, *Epigr.* V, 61.

(24) Sénèque, *Ep.* 14.

(25) Colum., *de re rustica*, I, 6.

CHAPITRE I

La Genèse du *Procurator*

I

LE PROBLÈME DE L'ABSENCE

1. Dans la *domus* primitive, le maître est presque toujours présent, et il lui est facile d'exercer sa puissance sur un petit domaine où de rares esclaves pourvoient à tous les besoins de la famille (1). Comme l'économie domestique, le droit est dominé par ces faits constants : l'unité, la continuité du gouvernement patriarcal. Ils expliquent l'accomplissement par le *pater* de tous les actes juridiques, l'incapacité des sujets et l'exclusion des tiers.

2. Si le chef s'éloigne de sa maison, c'est pour une campagne brève : son absence ne trouble pas les habitudes bien réglées du groupe.

Plus tard, quand la guerre fut portée hors de la péninsule, on éprouva d'autant mieux les effets de la longue vacance du pouvoir dominical que les conquêtes et le butin avaient bouleversé l'ancien ordre des choses. A la fin du v^e siècle de Rome, l'absence du chef a fait naître des problèmes

(1) Sur l'autonomie de chaque domaine, cf. E. H. Oliver, *Roman economic Conditions*, thèse Toronto 1907, p. 14, ss. On peut consulter pour l'étude des problèmes économiques dans le monde romain Tennery Frank, *An economic history of Rome*, Ballemare, 1920.

nombreux, non seulement à cause de sa durée, mais parce que les conflits qui la provoquent ont brisé les barrières qui séparaient les groupes, les nations, et, par des conséquences prochaines, créé les relations commerciales, amplifié la vie agricole, considérablement accru l'activité juridique.

L'unité du pouvoir est menacée dans une maison où la division et la spécialisation du travail empêchent le maître de surveiller et de gérer toutes ses entreprises. Il lui faut des agents capables de traiter ses affaires, à qui il remettra une part de ses droits regardés jusqu'alors comme inamissibles.

Ses absences prolongées ruinent, avec le fondement ancien de la continuité, beaucoup des pratiques du droit (2).

Par exemple, l'absent court le risque, si on l'attaque, d'être *indefensus*. Ses biens seront alors saisis et vendus. Si l'on s'en tient aux formes traditionnelles, l'administration de son patrimoine va être compromise ou abandonnée. Les soins du culte seront négligés. Il est donc indispensable d'assurer par des moyens nouveaux la protection permanente des intérêts de la famille.

La crise du droit est encore plus grave dans les contrées éloignées où les patriciens ont acquis de vastes territoires. Accomplir la *limitation* des terres qu'ils accaparent, organiser les grands domaines, puis les administrer : ce sont là des nécessités auxquelles il faut pourvoir, en posant en principe que le maître sera toujours absent.

(2) Les effets de l'absence, au temps de la République, ont été peu étudiés. On trouve d'utiles indications dans M. Voigt, *Geschichte und Allgem. jurist. Lehrbegriffe der XII Tafeln*... Leipzig, 1883, à partir de la p. 281. Nous ne pouvons ici que signaler quelques conséquences graves de l'éloignement du maître.

II

MOYENS FOURNIS PAR LES PERSONNES EN PUISSANCE POUR REMÉDIER AUX INCONVÉNIENTS DE L'ABSENCE DU CHEF

1. Les fils de famille paraissent avoir pris pendant l'absence du père une très grande liberté. Les comédies de Plaute les montrent dans l'exercice de tous les droits du père ; constitution de dot, aliénations, emprunts, affranchissements : il n'est point d'acte juridique qu'ils n'accomplissent (1). Si ces pratiques furent courantes à Rome, elles y durent avoir un retentissement considérable, car elles ébranlent l'ancienne notion du pouvoir exclusif du *paterfamilias* sur ses biens.

Mais on ne sait en vertu de quel droit ces fils disposent du patrimoine, s'ils en ont pris l'initiative ou s'ils en ont été chargés (2). On ne sait point davantage si de telles substitutions étaient fréquentes. Le silence des sources s'explique peut-être par ce fait qu'il était assez rare que le père partît à l'armée ou dans un pays éloigné laissant à la maison un fils en âge et en état de le remplacer.

2. Le premier procédé vraiment général et pratique auquel semblent avoir songé les Romains, c'est la *concession*

(1) V. le rôle de Philolachès, dans *Mostellaria*, de Lesbonicus, dans *Trinummus*.

(2) Dans les comédies de Plaute, il s'agit d'initiatives hardies et souvent audacieuses des fils de famille. Mais le fait que l'on traite avec eux laisse présumer une coutume. M. Pernard (*Le droit romain et le droit grec dans le théâtre de Plaute et de Térence*, thèse, Lyon, 1900) s'efforce d'établir (p. 85, ss.) que des actes de Philolachès s'expliquent par le jeu des institutions romaines.

de droits faite à un esclave par le maître qui voit en ses sujets mieux que de simples instruments : des auxiliaires dociles (3). Ne peut-il point créer une hiérarchie, soumettre le groupe tout entier ou une fraction du groupe à un délégué de son choix, attribuer telle de ses fonctions à un esclave qui emprunte la capacité de son maître ?

Vox domini, vox servi : cela est vrai non seulement pour les actes particuliers — mancipation, stipulation — que le maître a chargé l'esclave d'accomplir, mais encore pour des séries d'actes dont les besoins sociaux obligent à confier l'exécution à des membres de la *familia*. Cet élargissement du rôle des esclaves ne s'est pas borné aux *servi publici* : on peut l'observer dans la maison romaine.

Le chef pouvait, sans doute, prendre des mesures exceptionnelles pour la période de son absence, mais il ne reste point de texte relatif à de telles missions (4). On eut surtout recours à des agents stables, choisis parmi les esclaves, qui furent chargés de la direction technique et de la gestion ordinaire (5).

(3) Desserteaux, *Etudes sur la formation historique de la capitis deminutio*, t. II, *Evolution et effets de la capitis deminutio*, fascic. 1, Paris 1919, p. 27-41.

(4) Les exemples donnés par Voigt, *Op. cit.*, p. 298, ne sont pas probants. Le *villicus* dont il est question dans Val. Max. IV, 4, 6, est probablement un agent stable. La mission donnée par Qu. Fabius Maximus à son fils en 537 (Val. Max. IV, 8, 1) est très spéciale.

(5) Il nous paraît bon d'ajouter : du culte des Lares cf. W. Warde Fowler, *The religious experience of the Roman People*, London, 1911, p. 78 et 251. La nécessité d'assurer la permanence du culte ne fut pas sans influence sur l'institution des agents dont nous nous occupons.

3. Dans l'exploitation rurale, le maître a un véritable substitut, le *villicus* (6), qui administre sa *praefectura*, sa *provincia*. Il en a la *cura* : *curat negotium* (7).

Dans la *familia urbana*, les fonctions sont hiérarchisées (8) : l'*atriensis* est au sommet (9).

4. Faut-il admettre qu'au-dessus de lui, il y a un *procurator* ? Pseudolus l'affirme, en se décorant de ce nom. A l'instant où l'envoyé du militaire à qui Ballio a vendu une prostituée vient payer un reliquat de vingt mines, il décrit son état (10) :

HARPAX

Tune es Ballio ?

PSEUDOLUS

Immo vero ego ejus sum Subballio.

HARPAX

Quid istuc verbist ?

(6) V. dans le *Dictionnaire des Antiquités* l'article de M. G. Lafaye. E. Ciccotti (*Le déclin de l'esclavage antique*, trad. fr., p. 417) a relevé un grand nombre d'inscriptions relatives au *villicus* qui nous renseignent bien sur sa condition : c'est presque toujours un esclave.

(7) Toutes ces expressions se trouvent dans la *Casina*, v. 99 et ss.

(8) On trouvera un tableau très complet de cette organisation, à la fin du vi^e siècle dans l'ouvrage de G. W. Leffingwell, *Social and private Life at Rome in the Time of Plautus and Terence*, New-York, 1918, notamment p. 80 à 89.

(9) Sur ce personnage, v. les articles de la *Real Encyclop. du Diz. epigr.* et du *Dict. des Antiq.* La période où il eut la plus grande puissance nous paraît être le vi^e siècle de Rome.

(10) *Pseudolus*, v. 607-610. La pièce a été représentée entre 549 et 554

PSEUDOLUS

Conduſ promuſ ſum, procurator peni.

HARPAX

Quaſi te dicas atriensem.

PSEUDOLUS

Immo atriensi ego impero.

HARPAX

Quid tu, ſervosne eſ, an liber ?

PSEUDOLUS

Nunc quidem etiam ſervio.

Voici le plus ancien des textes aujourd'hui connus où figure le mot : *procurator*. On serait tenté de croire qu'il vient d'être créé, car Harpax est surpris de l'entendre. Pseudolus forge volontiers des termes et Plaute eût suivi son génie fantaisiste en formant un substantif noble sur un verbe vulgaire (11).

Mais si Harpax s'étonne, c'est de l'accouplement des mots. Il ne peut résulter, comme en d'autres endroits, de la traduction littérale d'un quiproquo de l'original attique (12). La

(11) Le verbe *procurare* se trouve dix fois dans ses Comédies.

(12) Ces traductions, auxquelles on devait penser dans le cas présent, parce qu'elles sont fréquentes dans l'œuvre de Plaute (Ph. E. Legrand, *Daos*, Ann. Univ. Lyon, nle série II Droit Lettres, fasc. 22, 1910, p. 602) et que le Pseudolus contient de nombreux mots grecs (G. Michaut, *Histoire de la comédie romaine*, Plaute, t. II, Paris 1920, p. 222, n. 4) ne peuvent donner la clef de l'énigme du *procurator peni*.

bizarrerie est dans l'affectation à un magasin de vivres (13) d'un personnage probablement pourvu d'une charge honorable.

Ce qui tendrait à établir que le mot recouvre déjà une fonction connue, c'est que lui seul justifiant la supériorité de celui qui se l'applique, peut éveiller dans l'esprit d'Harpax l'idée de liberté. Aurait-on douté de la condition servile d'un *promus* qui n'eût point glosé sur son titre ?

5. La vérité, c'est que Pseudolus s'attribue les fonctions d'un *atriensis*, exactement celles que remplit le pseudo-Saurea de l'*Asinaria*, qui, lui aussi, est, assurément, un personnage authentique de la *domus* (14). Sans doute, ces deux esclaves sont des imposteurs : bonne garantie qu'ils n'allèguent que des faits vraisemblables. La possibilité de leur mission n'est point contestée par ceux qu'ils cherchent à duper et qui, préoccupés pourtant de faire flèche de tout bois, n'opposent que des arguments personnels.

L'*atriensis* est l'homme en qui le maître place toute sa confiance, *quoi omnium rerum erus semper credit* (15). Il tient les comptes, il paie les créanciers, reçoit l'argent des

(13) Le *penus* est un lieu sacré (A. de Marchi, *Il culto privato di Roma antica*, Milano, 1896. I, 56 et 113) ce qui justifie peut-être l'emphase de Pseudolus.

(14) O. Ribbeck, *Bemerkungen zur Asinaria des Plautus* (*Rheinisches Museum für Philologie* 1882, t. 37, p. 54 ; sur l'importance de l'élément romain dans Pseudolus, cf. K. M. Westaway, *The original element in Plautus*, Cambridge, 1917, p. 13 et G. Curcio, *Storia della letteratura latina*, Napoli, 1920, vol. I, p. 246. M. Michaut observe que c'est dans les rôles d'esclaves fripons que l'on trouve le plus de traits romains (op. cit., p. 227).

(15) *Asinaria*, v. 459. La leçon : *erus* nous paraît préférable à *ipsus*.

débiteurs (16), procède à des aliénations (17) : en un mot, toute la gestion du patrimoine lui appartient (18).

Dès lors, n'est-on pas autorisé à se demander si, dans le temps où naissent les actions *adjecticiae qualitatis* (19) une sorte d'intendance générale n'est pas admise par la coutume ? L'*institor*, le *magister navis* sont-ils autre chose que des agents spécialisés, qui tiennent dans un comptoir ou sur un vaisseau le rôle qui appartient à l'*atriensis* dans la *domus* ? C'est presque toujours en ce centre qu'il faut chercher les origines, le modèle des institutions. Et l'on s'explique pourquoi la mission de l'*atriensis* n'a point de sanction particulière : on s'adresse à lui comme au maître dont il est le fondé de pouvoirs.

III

INSUFFISANCE DU CONCOURS FOURNI PAR LES ESCLAVES

REMÈDES LÉGAUX ET CONVENTIONNELS

1. La maison urbaine, le domaine rustique ont donc été pourvus d'un directeur technique muni de larges pouvoirs.

(16) *Pseudolus*, v. 626, s.

Mihi, hercle, vero, qui res rationesque eri

Ballionis curo, argentum accepto, expenso et quoi debet dato.

V. aussi *Asinaria*, v. 347, s. et sur ces paiements faits à des esclaves, au temps de Plaute : H. Erman, *Zur Geschichte der röm. Quittungen und Solutionsakte*. Diss. Berlin, 1883, p. 75 et ss.

(17) *Asinaria*, v. 335, s. : Saurea a vendu des ânes.

(18) La décadence de l'*atriensis* avait commencé au temps de Cicéron. Marquardt : *Vie privée des Romains*, p. 167.

(19) L'*institor* existe probablement au *vi^e* siècle. Dès le *vii^e* siècle, l'*actio institoria* a été commentée par Servius. L'*actio exercitoria* paraît postérieure à l'édit sur les *nautae*. Cf. Mitteis, *Stellvertretung*., p. 24, s.

Sa création répondait à un besoin économique. La plupart des problèmes d'administration ordinaire posés par l'absence du maître sont résolus : ses esclaves lui en ont fourni les moyens.

Ils ne lui donnent, cependant, qu'un concours limité et sans garantie.

D'abord, le maître n'est point protégé contre les négligences ou les indélicatesses d'un esclave fripon, comme il s'en trouve tant parmi ceux qui montrent des aptitudes pour les affaires.

D'autre part, l'esclave n'a point l'autorité nécessaire pour commander aux petits cultivateurs qui sont en quelques lieux demeurés sur les domaines acquis par les patriciens, ni surtout pour traiter avec des hommes libres qui ne leur ménagent point les expressions méprisantes (1).

Enfin — et voici la grande faiblesse du procédé — l'esclave ne peut paraître en justice pour soutenir les droits du maître. Il est notamment toute une catégorie d'intérêts dont on ne peut lui confier la garde et qui ont pour les Romains la plus haute importance : les intérêts moraux, tout ce que l'on entend par la *fama*.

Il n'est pas aisé de définir cette notion, à la fois juridique et morale, car les Romains n'ont guère précisé que les conséquences de son effacement (*infamia*) (2). Elle signifie dans la langue de Plaute : la réputation. Lorsque le mot : *caput* eut com-

(1) Il suffit de signaler la friponnerie et le manque de crédit des pseudo-atriens mis en scène par Plaute.

(2) A. H. J. Greenidge, *Infamia. Its place in roman public and private law*, Oxford, 1894, p. 2, s.

mencé de perdre son ancienne valeur (3), on insinua dans *fama* toute la conception de l'honneur civil. Cicéron, déjà, emploie ces deux termes : *fama*, *caput*, comme synonymes dans le *pro Quinctio* et il ne met aucune différence entre *fama* et *existimatio* (4), que Callistrate devait définir : *dignitatis illesae status* (5).

Dans le temps où le droit pontifical est en pleine décadence et où le droit séculier n'a pas encore arrêté ses sanctions, on imagine l'importance que put avoir la *fama*.

2. La protection des absents était donc mal assurée par les esclaves. Mais dès le temps des Actions de la loi, quelques mesures générales furent prises pour corriger les injustices d'un système juridique qui exposait à la ruine les citoyens appelés à servir l'Etat, ou, plus probablement, pour sauvegarder les intérêts de la République, dont les défenseurs devaient être ménagés.

La *lex Hostilia* permet d'exercer l'*actio furti* pour le compte des prisonniers de guerre, des citoyens absents pour un service public, de ceux qui sont sous la tutelle de personnes placées dans l'une de ces deux situations (6).

Il est probable que l'un des premiers cas d'application de la *restitutio in integrum* fut, avant même la rédaction du

(3) Desserteaux, *Etudes sur la formation historique de la Capitis deminutio*, I., *Rev. bourg.*, t. 19 (1909), p. 370, s.

(4) Greenidge, *op. cit.*, p. 19.

(5) *D.* 50, 13, 5, 1.

(6) *Instit.*, IV, 10, pr. La *l. Hostilia* est antérieure à la fin du ^{vi}e siècle. C'est probablement un plébiscite, cf. Huvelin, *Etudes sur le furtum dans le très ancien droit romain*. I. Les Sources, Paris, 1915, p. 117-121.

sénatus-consulte d'Asclépiade, l'absence pour un service public (7).

Ce sont là des moyens fort insuffisants. Ils ne protègent que certaines catégories d'absents. La *lex Hostilia* ne vise que le vol. La *restitutio in integrum* n'est obtenue qu'après un examen particulier de chaque cause et c'est une mesure de réparation. Les garanties légales ou prétoriennes ne correspondent point aux nécessités de la pratique (8).

3. Des conventions particulières pouvaient combler encore quelques lacunes du droit.

On recourut de très bonne heure — cela résulte du style archaïque de la clause rapportée par Cicéron — à la *fiducia cum amico*, qui permet d'assurer la représentation en justice et la protection des faibles, par une sorte de dépôt ou de prêt à usage (9).

La représentation en justice pouvait être assurée encore par l'*adstipulatio*, dès le temps des Actions de la Loi (10).

Mais ces expédients, outre qu'ils ne sont pas sans risques, ne procurent point la sauvegarde de l'ensemble du patrimoine.

(7) L. Charvet, *Evolution de la restitution des majeurs en droit privé romain*. Thèse, Strasbourg 1920, p. 11 et p. 20. Si l'on admet que la *r. i. i.*, dont il est question dans le *Phormio*, 2, 4, 9, est une institution romaine, ceux qui s'absentent pour leurs affaires auraient été déjà protégés en l'année 593.

(8) La *lex Memmia*, qui évite la *nominis delatio* aux absents *reipublicae causa* est de l'année 643. Cf. Cuq, *Dict. Antiq.*, v^o *Lex*.

(9) Jacquelin, *De la fiducia*, thèse, Paris, 1891, p. 89, 353, 357, 447, montre ces rôles de la *fiducia cum amico*. On peut encore consulter sur ce point : Ubbelohde, *Zur Geschichte der benannten Realcontracte*, Marburg, 1870, p. 87.

(10) Cuq, *Manuel*, p. 635.

IV

NÉCESSITÉ DE RECOURIR A DES TIERS : PASSAGE

DE LA *commendatio* A LA *procuratio*.

1. Pour que les intérêts de l'absent fussent défendus, il était nécessaire que depuis son départ et jusqu'à son retour, un homme libre le remplaçât, à qui fût conférée une puissance quasi-dominicale.

Or, l'idée de représentation qui eût été si féconde, ne pouvait naître dans un monde peuplé de symboles, inhabile aux abstractions et qui repose sur le principe de l'autonomie des *gentes*, de l'indépendance complète et inaliénable des chefs (1).

Un lien durable entre ces volontés distinctes ne pouvait être que religieux ou moral ou, plus précisément encore, officieux. La subordination d'un homme libre aux fins d'un autre homme libre ne pouvait résulter que de l'accomplissement d'un devoir.

Dans les sociétés primitives, et partout où les groupes sont isolés, des pactes d'alliance sont conclus entre ceux qui peuvent se rendre de mutuels services (2) et le faible se soumet au puissant.

Les inspirations de la conscience, les suggestions de l'intérêt, sont renforcées chez les Romains, à l'époque républi-

(1) Mitteis, *Stellvertretung*..., p. 13.

(2) Encore de nos jours, on a fort bien observé chez des peuples peu civilisés des contrats d'amitié, cf. J. E. Kemlin, *Alliances chez les Reunguo* (*Bull. Ec. fr. Extr.-Orient*, 1917, n° 4, p. 1-9.)

caine, par les doctrines des Grecs sur la communauté ou plutôt sur l'unité que l'amitié engendre (3). Dans le tableau des notions qu'embrasse le droit (4), Cicéron place la reconnaissance, *gratia*, qui est le souvenir des amitiés et des services d'autrui et la volonté de les payer de retour. De même que les autres vertus énumérées par Cicéron, et qui, depuis longtemps, sont en honneur à Rome, la *gratia* commande des devoirs, et notamment celui de veiller sur les intérêts d'un ami qui s'absente.

2. L'usage de recommander sa famille et ses biens au moment où l'on ne peut leur donner tous ses soins est très répandu à la fin du vi^e siècle. Les exemples en sont nombreux dans la Comédie. Charmide, partant pour Séleucie, confie sa fille et sa fortune à Calliclès, son ami (5). Celui qui va mourir (6), celui qui, pour un temps, a perdu la liberté (7), recommande à un homme de confiance ce qui lui est cher.

(3) A. Otto, *Familie und Freundschaft im Sprichwort* (Archiv für Lat. Lexik. u. Gramm., vol. V, 1888, p. 382, 386). L. Dugas, *L'amitié antique*, thèse lettres, Paris, 1894, a étudié cette communauté des biens (p. 24, ss.) et l'idée de confiance dans l'amitié (p. 342, ss.). Il y aurait, croyons-nous, grand intérêt à approfondir ces théories morales qui sont l'origine de tant de notions juridiques. Les Idées-liens d'être, de même, d'autre, n'ont-elles pas eu leur rôle dans la conception générale des rapports juridiques entre hommes libres ? V. sur ces Idées : Souilhé, *La notion platonicienne d'intermédiaire dans la philosophie des Dialogues*, thèse Lettres, Poitiers, 1919.

(4) Ces idées sont développées dans le *de inventione*. M. Senn, dans le cours qu'il a professé à la Faculté de Droit de Paris en 1921-22, a montré quelle influence directe et précise elles ont exercé sur le droit.

(5) *Trinummus*, v. 112, ss.

(6) *Andrienne*, v. 289, ss.

(7) *Captivi*, v. 442, ss.

Cette mission n'est donnée que sous une forme solennelle et, semble-t-il, bien arrêtée : par l'échange d'une poignée de main. Celui qui se recommande offre sa main droite, ou celle de la personne recommandée, à son ami en implorant son assistance (8). Et la mission est acceptée (9).

Au ^{vi} siècle, cette cérémonie s'explique par une croyance religieuse : la main droite est le siège de la *Fides* (10). Il s'agit là, probablement, d'une interprétation tardivement donnée (11) à une cérémonie archaïque (12).

N'est-il pas permis de se demander si dans la *commendatio* n'entre pas, à l'origine, l'idée de soumission à une puissance, comme par exemple dans le mariage avec *manus* (13) ?

(8) Ce cérémonial est observé par exemple dans les Captifs et dans l'Andrienne, *loc. cit.* Il explique l'étymologie de *mandare* et comme ce mot est très ancien, la *commendatio* doit être en usage dès les premiers temps de Rome. Sur *mandare*, v. en dernier lieu E. Weiss, *Mandatela und Custodela*, Z. S. S., 1921, R. A. 42, p. 110.

(9) Les pages les plus substantielles que l'on ait écrites sur la *Commendatio* sont, à notre connaissance, celles que Fustel de Coulanges consacre à la recommandation chez les Francs (*Le Bénéfice et le Patronat*, p. 216, ss.)

(10) L. Preller; *Röm. Mythologie*, vol. I, 3^e éd., Berlin, 1881, p. 252, s. — H. A. Danz, *Der Sacrale Schutz in röm. Rechtsverkehr*, Iena, 1857, 127, ss.

(11) Les principaux textes sont Servius, *Aen.* III, 607 ; Pline, *H. N.*, XI, 45.

(12) Sur l'introduction de la *Fides* dans la religion romaine, cf. Harold I. Axtell, *The deification of abstract ideas in Roman Literature and Inscriptions*, Chicago, 1907, p. 20, ss.

(13) L'expression : *mandare viro* se trouve dans Plaute et signifie (plutôt que : se confier à un homme) : se mettre sous la *manus*. *Men.* V, 2, 33. Sur le sens primitif du mot *manus*, cf. J. Muirhead, *Introd. hist. au droit privé de Rome*, trad. fr., p. 30, n. 3.

Si la *commendatio* ne créa point d'abord un lien religieux ou magique de parenté ou d'alliance (14) ?

Il ne faut point céder à la tentation d'y voir une simplification du *jusjurandum* (15). Nous ne pensons pas que l'on puisse considérer comme dérivée du serment une cérémonie où manque la prise à témoins des dieux (16), qui ne signifie pas autre chose que la confiance et qui est dépourvue de sanction juridique (17).

Car tel est bien le sens de la *commendatio* dans le théâtre de Plaute. L'ami pourrait dilapider les biens ou les abandonner, sans être passible d'une poursuite judiciaire. Charmide, à son retour, croit que son ami Calliclès a rempli sa mission sans délicatesse, en achetant des biens qui avaient été mis sous sa garde, et il ne songe qu'à se lamenter, comme un homme privé de tout recours contre un véritable abus de confiance (18).

Le premier trait fort remarquable de la *commendatio*, c'est sa généralité. On recommande sa fortune et ses enfants,

(14) Dans son ingénieux ouvrage sur *la foi jurée*, thèse Lettres, Paris, 1922, M. G. Davy étudie la parenté artificielle. C'est surtout le *blood-covenant* qui a retenu l'attention des sociologues. Peut-être un nouvel examen de la *commendatio* serait-il désirable : nous ne pouvons que signaler ici en faisant bien remarquer que l'étude des origines laisse une part à l'hypothèse, ce qui intéresse l'évolution du droit romain.

(15) V. sur ce point : M. Chevrier, *Du serment promissoire en droit romain*, thèse, Dijon, 1921, p. 82 et ss.

(16) Cela n'exclut point le caractère quasi-religieux de la *commendatio* primitive.

(17) Voigt, *R. R. G.*, 1892, I, 823, considère le *commendatum* comme un contrat.

(18) *Trinummus*, v. 1094, ss.

tous ses intérêts. Déjà dans la *Cistellaria* apparaît un groupement de mots, une formule qui passera dans le langage courant :

Quae mihi esset commendata et meae fidei concredita (19).

Cette répétition de termes qui ont tous étymologiquement un sens identique semble indiquer que l'on a perdu de vue le symbolisme primitif de la *commendatio* (20). On ne pense qu'à affirmer très fortement l'idée de confiance. Tel est le second trait : l'abandon complet des intérêts matériels et moraux aux mains de l'ami, sans détermination des services que l'on attend de lui.

Et comme il s'agit d'un abandon nécessaire — aucun autre moyen n'étant offert pour la défense du patrimoine — accomplie par un homme qui, le plus souvent, est digne de protection, puisque le sort (et non la fantaisie ou la fraude) l'a éloigné de ses affaires, la faveur des édits et de la jurisprudence au VII^e siècle, pour les absents, et pour la notion de bonne foi s'explique par les besoins sociaux.

3. Le fondement de la *commendatio*, c'est la confiance absolue : la vigilance n'est que le devoir moral de l'ami. Mais, de plus en plus, au cours des grandes transformations spirituelles qui se produisent au VII^e siècle, le devoir va passer au premier plan, reconnu, consacré par le droit.

(19) *Cistellaria*, v. 245.

(20) Sur les redoublements, cf. G. May, *Sur quelques exemples de gémination juridique dans les auteurs littéraires latins* (Mél. Gérardin, p. 399, ss.).

Mandare... curare (21), *commendare* (22)... *procurare* : ces termes se font écho. Mais, à l'époque de Cicéron, les formes et la supplication sont une survivance ; l'ami n'apparaît plus tant comme un solennel protecteur à qui l'on s'abandonne que comme un agent dévoué. L'idée de son *office* va prendre plus de relief que celle de sa *dignité*.

L'*Oratio pro Quinctio* (a. 673/81) marque bien la dernière transformation des idées. Naevius a coutume de recommander tous ses intérêts à Alfenus quand il part pour la Gaule. « ... *cui tu et rem et famam tuam commendare profisciscens et credere solebas* (23) ». Ce sont les expressions traditionnelles. Et toutes les circonstances d'une *commendatio* authentique sont réunies : un absent confie la défense de ses biens et de son honneur à un homme de grand crédit, qui est son familier (24).

Or, cet homme reçoit le titre de *procurator*. Ce titre, bien que passé depuis quelque temps dans la langue du droit — puisque la loi agraire de 643/111 et l'interdit *unde vi* le contiennent — n'avait jamais encore été défini.

Il prend, ici, une importance capitale : la recommandation n'est même mentionnée que dans une incidente, pour indiquer la source et l'étendue des pouvoirs d'Alfenus. Celui-ci est, en même temps qu'un ami, un véritable agent d'affaires. Les glissements du langage montrent comment, au temps de

(21) *Asinaria*, v. 120 ; *Casina*, v. 503 ; *Mercator*, v. 405 ; *Adelphes*, v. 372. Le mot *cura* contient l'idée de gestion, étymologiquement, cf. Regnaud, *Dict. étymol.*

(22) L'usage était de dire : *commandare*. Vel. gramm. VIII, 73, 10.

(23) *Or. pro P. Quinctio*, 20, 62.

(24) *Ibid.*, 6, 27.

Cicéron, toute l'attention se porte sur le rôle actif de l'intérimaire. Dans l'*Oratio pro Roscio Amerino*, l'expression consacrée, où se révèle déjà, nous l'avons établi, une méconnaissance du symbolisme antique, (*commendare et concredere fidei*), est parfois employée — dernière étape de sa décadence — avec un sens métaphorique (25). Puis, au lieu de tout fonder sur l'acte de confiance du recommandé, Cicéron, dans les *Topiques*, insiste sur la bonne foi exigée du *procurator* : *debet fidem praestare* (26). L'*amicus-absentis* était jadis un protecteur : il est aujourd'hui un gérant. De la *commendatio* est issue la *procuratio* (27).

4. Les causes de cette transformation doivent être cherchées dans les nouvelles conditions économiques et dans le progrès général du droit.

Les besoins du commerce exigent que les affaires de l'absent ne soient point livrées à la protection bienveillante mais sans règle d'un ami : il faut que la gestion des biens soit toujours assurée.

Précisément, à l'idée de puissance absolue, qui se manifestait dans la *commendatio* et qui est partout décadente, se substitue l'idée d'une protection active et générale des *indefensi*. Ce mouvement, sensible dans l'évolution de la tutelle et

(25) *Or. pro Sex. Roscio Amerino*, 38, 113. Cf. G. Landgraf, *Kommentar zu Ciceros Rede pro Sex. Rosc. Am.*, 2^e éd., Berlin, 1914, voit dans cette expression une simple redondance oratoire.

(26) *Top.*, 10, 42. Nous aurons à expliquer plus loin ce passage.

(27) La *commendatio* garde, d'ailleurs, son ancienne fonction générale, le mot indique des actes de confiance très variés (v. par ex. *C. I. L.*, III, 949) et nous verrons bientôt que la recommandation n'est pas la seule origine de la procuratelle.

dans la multiplication des curatelles (28), devait se prolonger au profit des absents qui forment sans doute la catégorie la plus nombreuse de personnes qui réclament le secours du préteur et des lois.

En créant des *curatores bonorum*, le préteur aurait pu songer au patrimoine des absents. Mais il semble n'avoir donné un *curator* qu'aux prisonniers de guerre, alors que le *procurator* existait déjà, et parce qu'ils n'en peuvent avoir (29). Et ce *curator absentis* n'a que la *custodia* (30).

S'il faut renoncer à voir dans le *procurator* un personnage apparenté au *curator absentis*, ou à tout autre *curator bonorum* (31), peut-on songer plus généralement à une imitation de la *cura* dans l'organisation de la procuratelle ?

Assurément, les analogies entre curatelle et procuratelle sont frappantes. Même occasion : une anomalie ; même personnel : des parents, des proches ; même généralité des pouvoirs. Un examen détaillé des pouvoirs du procureur nous montrera mieux l'analogie des deux institutions, et comment leurs destinées ne cesseront d'être liées. Mais leurs origines

(28) Sur les curatelles créées au v^e ou au vi^e siècle, cf. A. Audibert, *Histoire de l'interdiction et de la curatelle des prodigues en droit romain*, Paris, 1890, p. 64.

(29) D. 4, 6, 15, pr. La raison pour laquelle fut créé ce *curator* montre assez qu'il n'est qu'un substitut du *procurator*, et donc qu'il est né postérieurement.

(30) Les meilleures pages écrites sur ce *curator* sont, croyons-nous, celles de Glück, *Erläut. der Pand.*, t. 33, p. 262, ss.

(31) On pourrait songer au curateur aux biens d'un insolvable. Mais il fut créé entre 631 et 636, donc après le *procurator*, cf. Ramadier, *Les effets de la missio in bona rei servandae causa*, thèse, Paris, 1911, p. 24. Les rapports entre ce *curator* et le *procurator* ont été signalés par Degenkolb, *Magister und Curator in altröm. Konkurs*, Leipzig, 1897, p. 37.

sont différentes. Le choix du *procurator* est facultatif ; il est libre ; il dépend de la seule volonté de l'absent ; il résulte d'un accord, non point d'une désignation impérative ; aucune loi, aucun édit, ne lui a fixé des limitations et des règles.

Il faut donc conclure que le mouvement général pour la protection de tous les droits menacés, pour la sécurité des individus et des patrimoines, a préparé les voies à la transformation que nous avons observée dans la *commendatio*. Mais le point de départ de la procuratelle doit être cherché ailleurs que dans la notion technique de *cura* : le *procurator* n'est pas une création du droit écrit, mais de la coutume.

5. Sa consécration par le droit est comme le couronnement de toutes les expériences que nous avons décrites. En somme, l'idée primitive de la *concession* se maintient sous une autre forme. L'absent confie à un homme libre l'exercice de ses droits. Malgré toutes les différences qui séparent le *procurator* de l'*institor* et du *magister navis*, Cicéron le compare à un préposé (32).

Dans la *procuratio* paraît donc se réaliser la conjonction de deux idées très anciennes dont l'une (celle de la *commendatio*) est dominante à l'origine, et dont l'autre (celle de la *praepositio*) ne cessera de se développer : l'absent se recommande à un ami, en le priant d'exercer ses droits.

Quant à l'influence que purent exercer les usages grecs sur le renouvellement des anciennes institutions romaines qui inspirent la *procuratio*, un examen des conditions pratiques dans lesquelles se produisit l'évolution juridique dont nous venons de tracer l'esquisse nous permettra de la déterminer.

(32) *Oratio pro Caecina*, 20, 58 : « ... tam restitues si tuus me libertus dejecerit, nulli tuo praepositus negotio, quam si procurator dejecerit... »

CHAPITRE II

Le Procureur sous la République

I

LES PREMIERS TEXTES RELATIFS AU PROCUREUR

1. Une loi avait, au moins incidemment, défini le *procurator* : Cicéron s'en prévaut dans un passage bien connu de l'*Oratio pro Caecina* (1) :

... *is qui legitime procurator dicitur, omnium rerum ejus, qui in Italia non sit, absitve reipublicae causa quasi quidam paene dominus, hoc est alieni juris vicarius.*

Ainsi, un texte officiel a appelé *procurator* celui qui se comporte presque comme un maître sur le patrimoine de deux catégories d'absents : ceux qui, pour un motif quelconque, franchissent les frontières d'Italie, ceux qui sont au service de l'Etat.

Nous ne sommes exactement renseignés sur cette seconde catégorie que par des textes de l'époque classique ; mais il est probable que, dès le VI^e siècle, on regarde comme absents (2) pour un service public : tout soldat, et le fonctionnaire qui n'est pas à Rome.

Les serviteurs de l'Etat sont plus favorisés que les nego-

(1) *Oratio pro Caecina*, 20, 57.

(2) T. Live, 3, 44.

liatores qu'il faut reconnaître dans la première classe, et que l'on assimila peut-être après coup à ceux qui leur avaient ouvert les routes du monde.

D'où il faut d'abord conclure que la reconnaissance du *procurator* fut inspirée par une pensée de *faveur* en même temps que d'opportunité.

2. On a contesté que le mot *legitime* fit allusion à une loi, mais en invoquant des arguments peu probants (3).

Pourquoi dénier au mot *legitime* son sens naturel, celui qu'il a dans l'*Oratio pro domo* (4), et qui se trouve ici expressément justifié par tout le contexte et par le style législatif de la définition (5) ?

Cicéron ne nomme point la loi dont il rappelle quelques mots. Naber a proposé la *lex Hostilia* (6). Mais l'action populaire créée par cette loi est sans rapport avec l'office général dont parle Cicéron et si l'on admet qu'il a reproduit les termes de la disposition qu'il visait, il faut bien convenir qu'ils ne

(3) Schlossmann, *op. cit.*, p. 94, observe que Cicéron, voulant montrer que l'interdit *unde vi* s'applique aussi bien quand la *dejectio* a été opérée par un *libertus*, restreint de son mieux le sens du mot *procurator* qui se trouve dans la formule de cet interdit, pour forcer les juges à rejeter une conception si mesquine. L'intention de Cicéron n'est point douteuse, mais précisément, elle ne se justifie que si la définition légale lui fournit un argument. Cette définition convient-elle à tous les procureurs du temps de Cicéron ? C'est là une autre question, que nous aurons ultérieurement à résoudre.

(4) *Or. pro domo*, 29, 77 ; c'est le seul autre lieu où ce mot ait été employé par Cicéron.

(5) Cicéron, pour détourner le tribunal d'une interprétation trop stricte du texte, en rappelle exactement les expressions précises et sèches (*omnium — causa*) où l'on reconnaît bien une formule législative.

(6) Naber, *Observationes...* dans *Mnémosyne*, 17, 1889, p. 389, s. — Contra : Girard, *Organisation judiciaire*, Paris, 1901, I, 192, n. 1.

ressemblent à ceux des *Institutes* que par les mots : *reipublicae causa*, qui indiquent seulement l'identité du but : protéger ceux que la défense des intérêts de l'Etat écarte de leurs propres affaires. Cette analogie nous permet seulement de relier la loi inconnue à l'ensemble des mesures favorables aux légionnaires (7).

3. Il y a des raisons de penser que le *procurator* qu'elle vise est le plus ancien *procurator*. La nature et la limitation des cas envisagés le prouvent : les absents (*reipublicae causa*) dont il est ici question sont assurément les premiers qui ont mérité la faveur des lois. Plus tard, on supprimera la condition d'absence spéciale.

Puis, la définition indiquée par l'*Oratio pro Caecina* remonte à un temps où la maison romaine était le centre unique de la fortune, où le patrimoine que l'on protège est tout entier en Italie et peut être gardé par un seul homme de confiance.

4. Il est impossible de connaître la date précise de la naissance du *procurator*.

On a pensé découvrir des procureurs dans le théâtre de Plaute : Lesbonicus, Philolachès se comportent en maîtres sur les biens d'un père absent (8). Mais le nom de *procurator* ne leur est jamais donné et nous avons exposé les raisons de douter qu'il leur convînt (9).

(7) On ne peut rapprocher le texte de l'*Or. pro Caecina* d'aucune des lois républicaines qui nous sont parvenues.

(8) Voigt, *op. cit.*, p. 298, s.

(9) V. nos observations sur le rôle des fils de famille, dans le ch. I.

Une scène de l'Amphitruon a particulièrement retenu l'attention des éditeurs de Plaute et des juristes. Sosie, ne comprenant point les explications contradictoires d'Alcmène et d'Amphitruon déclare (10) :

Nescio quid istuc negoti dicam, nisi si quispiam est

Amphitruo alius forte, te hinc absente, qui sine te tamen

Tuam rem curet teque absente hic munus fungatur tuum.

Leo (11) reconnaît ici une allusion au *procurator*, et Fredershausen hésite (12). A notre sens, il n'y a dans ces vers que des sous-entendus grivois. Les mots : *res*, *munus*, n'évoquent point des actes juridiques. Et Sosie suppose l'existence d'un *double*, non pas d'un auxiliaire.

Il est notable que les comédies de Plaute et de Térence, qui présentent un tableau si complet des familiers de la maison romaine, ne contiennent pas un seul rôle de *procurator*. Ce nom n'est prononcé que par Pseudolus et il est impossible de dire si le personnage auquel il fait une allusion plaisante est déjà le *procurator absentis*. Cependant, comme une signification antérieure à celle-là est difficilement concevable, et bien que la *commendatio* n'ait pas encore perdu au temps de Plaute ses formes archaïques, nous inclinons à penser que le *procurator omnium rerum* apparut — sans se généraliser — avant le milieu du vi^e siècle.

(10) *Amphitruo*, v. 825-827 (éd. L. Havet, *Bibl. Htes-Et., Sc. philol. et hist.*, fasc. 102).

(11) Dans son édition d'*Amphitruo*.

(12) O. Fredershausen, *Weitere Studien über das Recht bei Plautus und Terenz*, *Hermès*, 47, 1912, p. 249.

5. Le premier texte législatif connu où soit nommé le *procurator* est la loi agraire de 643/111 (13). Elle décide que, si des terres de l'*ager* africain ont été reprises par l'Etat à ceux à qui on les avait assignées, on leur restituera une parcelle égale : à eux ou à l'acheteur de leur lot, ou à leur procureur, ou à leur héritier (14).

Cette ligne de la loi agraire est pleine d'énigmes. On a discuté d'abord sur la forme du mot : *procurator*. La leçon : *pro curatoreve* ne nous paraît pas acceptable, à cause de la place singulière qu'occuperait l'adverbe dans cette expression (15). Il faut lire : *procuratore* et reconnaître dans ce mot un ancien datif (16).

Le texte se borne à nommer le *procurator*, mais sa place à côté du propriétaire indique assez son importance. Les

(13) C.I.L., n^{le} éd., n° 585 ; Girard, Textes... p. 56 : « *Sei quid ejus agri Ilvir quei h(ace) l(ege) factus creatusve erit ei, quoi ita emptum esse comparietur, emptorive ejus procuratoreve ejus heredive quojus eorum minus adjudicaverit : tum tantumdem modum agri ei, quoi ita emptum esse comparietur, emptorive ejus procuratoreve ejus heredive quojus eorum de eo agro quei ager in Africa est, pro eo agro Ilvir reddito ; quo ita reddiderit, ei adsignatum fuisse judicato.* » L'édition que nous avons sous les yeux porte : *pro curatoreve*. Nous justifions la forme différente que nous avons adoptée.

(14) Sur les circonstances dans lesquelles cette mesure fut prise, cf. A. Audollent, *Carthage romaine*, Paris 1901, p. 37 ; *Enciclopedia giuridica*, v° *Agrariae leges* (E. de Ruggiero). Le caractère de la loi agraire de 643 a été étudié par G. Hardy, dans *The Journal of Philology*, 1910, p. 276. L'étude d'ensemble la plus importante qui ait été consacrée à la partie de cette loi qui nous intéresse spécialement est celle de Mommsen, *Jurist. Schriften*, I, 119-145.

(15) Il faudrait : *prove curatore*, conformément à la règle suivie dans tout le texte. Le mot ne dérive donc point de *curator*, mais de *procurare*. Il n'implique pas la notion technique de *cura*, mais seulement la notion générale révélée par l'étymologie et que nous avons déjà indiquée.

(16) La démonstration faite par Schlossmann, *op. cit.*, p. 91-93, a été généralement bien accueillie.

duumvirs reçoivent sa déclaration, lui adjugent un lot, au nom du maître pour qui il se présente.

6. Non seulement la loi agraire de 643 ne contient pas la définition du *procurator* mais on n'a pas remarqué combien il est difficile d'accorder le personnage qu'elle cite avec le *procurator omnium rerum*.

On ne peut songer qu'au deuxième cas prévu dans l'*Oratio pro Cæcina*. Le colon, sans doute, peut être appelé sous les armes et même sa situation quasi-militaire le rend digne des faveurs légales.

Mais, au moment où opèrent les duumvirs, l'Afrique est paisible, et l'on concevrait d'autant moins l'institution d'un procureur par le colon que celui-ci est à la tête d'un domaine peu étendu, qu'on l'a chargé expressément de diriger.

Une hypothèse vient naturellement à l'esprit. Comme les 6.000 lots formés par les commissaires après la promulgation de la *lex Rubria* ne furent pas tous distribués, faute de colons (17), il est probable que le régime de la grande exploitation fut conservé (18), aussi bien sous la contrainte de la nature et de la tradition que par la volonté des patriciens qui, achetant des parcelles, occupant les terrains vacants, inaugurèrent ce mouvement de concentration agricole qui s'acheva le jour où six propriétaires furent maîtres de la moitié de l'Afrique.

(17) Cette question a été fort soigneusement examinée par W. E. Heiland, *A great agricultural emigration from Italy?* dans *Journal of roman Studies*, 1918, vol. 8, p. 34, ss.

(18) Sur le régime des domaines africains, cf. Cuq, *Le colonat partiaire dans l'Afrique romaine*, 1897; et Rostovzew, *Zur Geschichte der röm. Kolonate*, Leipzig-Berlin, 1910, p. 313, ss.

Dès lors, n'est-il pas raisonnable de considérer que le *procurator* fut, dans les vastes domaines d'Afrique, l'agent du riche patricien, muni de tous les pouvoirs que lui accorde la confiance du maître toujours absent? Nous avons déjà énoncé les motifs graves qui obligeaient les patriciens à recourir à des intermédiaires pour l'occupation et l'administration des biens qu'ils possèdent en des terres lointaines (19).

Ne faut-il donc point admettre que, de très bonne heure, une évolution s'est produite dans le rôle du *procurator*? Le *procurator omnium rerum* est le plus ancien, mais il y a d'autres procureurs au VII^e siècle. On invoque, pour le nier, l'observation répétée : *non quo omnes sint aut appellantur procuratores, qui negotii nostri aliquid gerant* (20). Mais si tous les gérants ne sont pas appelés procureurs, s'ensuit-il qu'il n'y en ait d'autre que le procureur général défini dans une loi?

L'existence de procureurs en Afrique atteste que la notion primitive s'est élargie et les raisons qui les justifient à Carthage étaient valables pour tous les domaines éloignés de Rome. Un heureux hasard a conservé le souvenir du procureur africain. Pour les autres régions, les monuments font défaut. Cependant, la multiplicité des procureurs en Sicile (21), sur les domaines de chaque grand propriétaire, semble exclure la qualité de procureur général.

(19) V. encore sur ce point : G. Salvioi, *Le capitalisme dans le monde antique*, Paris 1906, p. 71 et ss.

(20) *Or. pro Caecina*, 20, 57.

(21) *In C. Verrem*, II, 2, 48, 119.

II

CARACTÈRES GÉNÉRAUX DU PROCURATEUR

AU TEMPS DE CICÉRON

Bien que le mot : *procurator* désigne des agents d'une importance variable — puisque les uns sont chargés d'administrer tout le patrimoine, les autres de surveiller un domaine — il n'est accompagné dans les textes de l'époque républicaine d'aucune locution destinée à en préciser le sens. C'est qu'il évoque toujours un certain nombre de traits essentiels.

1. Le premier caractère que révèlent les textes anciens relatifs au procurateur, c'est la liberté.

La formule de l'interdit *unde vi* le sépare de la *familia* (1).

Unde tu aut familia aut procurator tuus illum aut familiam aut procuratorem illius in hoc anno vi deiecisti, cum ille possideret, quod nec vi nec clam nec precario a te possideret, eo restituas.

La même énumération se retrouve dans l'édit de *mancipiis vendundis* (2) :

...*Si quid autem post venditionem traditionemque dete-*

(1) Les éléments de cette formule sont fournis par Cicéron, *Or. pro Tullio*, 19, 44; *Or. pro Caecina*, 19, 55 et 30, 88; sur ces textes, cf. H. Bögli, *Ueber Ciceros Rede für A. Caecina*, p. 42, ss. M. Cuq (*Recherches sur la possession à Rome*. N. R. H., 1894, p. 32) établit que cet interdit n'est pas antérieur à la fin du iv^e siècle. Le procurateur y dut être mentionné au vi^e siècle.

(2) *D.*, 21, 1, 1. Les plus anciens témoignages sur cet édit sont de la fin du vii^e siècle. M. Vincent (*Le droit des édiles*, Paris, 1922, p. 122-131) pense qu'il apparut « en des temps reculés de l'histoire du droit de Rome ».

rius emptoris opera familiæ procuratorisve ejus factum erit... ut ea omnia restituat...

Cicéron met en relief cette condition : le mot procureur est si étroitement lié à l'idée de liberté que le prêteur l'a employé pour désigner tout homme libre : *de liberis autem quisquis est, procuratoris nomine appellatur* (3).

En fait, les procureurs présentés par Cicéron sont toujours des hommes libres, parfois des personnages de quelque crédit. Sex. Alfenus est un chevalier romain, grand propriétaire foncier, membre influent du parti de Sulla, expert en affaires (4). T. Roscius, s'il n'est pas un riche citoyen d'Amérique (5), ni fort considéré, a cependant des clients (6). Ceux qui ont défendu les biens d'Epicrate sont appelés indifféremment ses procureurs ou ses amis (7). Ils appartiennent, assurément, à la meilleure société de Bidis. D'autres ingénus, souvent d'esprit distingué, s'occupent des affaires des patriciens (8). Nous ne connaissons même qu'un seul affranchi qui paraisse avoir été mis à la tête d'un patrimoine : et il est digne de l'amitié de Servius Sulpicius (9).

Loin d'admettre l'origine servile de notre institution, nous

(3) *Or. pro Caecina*, 20, 57.

(4) *Or. pro Quinctio*, 19, 62 ; 28, 87. Malheureusement, nous ne connaissons Alfenus que par l'*Oratio pro Quinctio* cf. P. Schmidt, *Die römischen Ritter...* Diss. Breslau, 1912, p. 4.

(5) Costa le présente à tort comme un homme riche.

(6) *Or. pro Sex. Roscio Amerino*, 7, 19.

(7) *In C. Verrem*, II, 2, 24, 59.

(8) Ainsi, L. Flavius, proc. de Matrinus (*In Verr.*, 2, 5, 7, 15) ; T. Pinarius, proc. de Denys (*ad fam.*, XII, 24) ; L. Oppius, proc. de L. Egnatius Rufus (*ad fam.* XIII, 43) ; Calenus, proc. de L. Cesar (*Phil.* XII, 7, 18).

(9) *Ad fam.*, XIII, 21. Les trois affranchis qui s'occupent des affaires de Cn. Otacilius Naso ne sont pas nécessairement des procureurs (*ad fam.*, XIII, 33).

sommes donc autorisés à croire que le plus ancien procureur fut l'ami à qui l'on se recommande (10).

Ainsi, la doctrine courante sur la personnalité du procureur se heurte à de graves obstacles. Il n'est pas toujours un membre de la maison, dont les facultés s'expliqueraient par la pérennité de liens serviles. S'en tenir à cette catégorie, c'est oublier la période républicaine, c'est omettre systématiquement le rôle considérable de l'*amicus absentis* et même, nous le montrerons bientôt, c'est se méprendre sur la personnalité du procureur rural.

2. Les origines du procureur expliquent sa puissance. Le *procurator omnium rerum* est un substitut, *alieni juri vicarius* ; une sorte de maître, *quasi quidam paene dominus*. Plusieurs des textes que nous avons cités le mettent sur le même rang que le *dominus* (11). Il a les pouvoirs du maître sur le patrimoine entier. Cette généralité, nous l'avons vu, n'est pas le trait de toute procuratelle : le propre du procureur, c'est d'exercer sur un territoire, dans un centre d'affaires, les pouvoirs du maître.

Nous sommes mal renseignés sur l'activité normale des procureurs anciens : les textes littéraires conservent surtout le souvenir de circonstances exceptionnelles, accidentelles de leur carrière. Mais la Table latine d'Héraclée montre bien qu'ils

(10) Le procureur est placé par Cicéron à côté de l'ami, de l'hôte, du voisin, dans une énumération des *Phil.* II, 40, 104.

(11) Il faut y ajouter les mentions de la Table latine d'Héraclée, que nous étudions dans ce paragraphe. Cicéron, pour marquer que les décimateurs ont agi pour le compte de Verrès, les appelle : *procuratores*. In *C. Verrem*, II, 3, 13, 33 ; 20, 50 ; 64, 149 ; 77, 178.

peuvent remplacer le maître en toutes choses (12). Par exemple, si un propriétaire néglige d'entretenir la rue, devant son immeuble, l'édile afferme cet entretien, après avoir signifié son intention aux propriétaires qui ont maison sur ladite rue *ou à leurs procurateurs* (13). Le propriétaire négligent devra, dans les trente jours, payer au soumissionnaire la somme convenue ou fournir caution, qu'il ait connu lui-même, *ou que son procurateur ait connu*, la délégation opérée par le magistrat (14).

Et le procurateur n'est pas seulement un intendant. Pouvait-on aisément disjoindre les intérêts de l'absent, isoler des actes aussi étroitement unis que l'administration du patrimoine et les difficultés judiciaires dont elle est l'occasion ? Les Romains ne le pensaient pas, au temps de Cicéron. Ils ne connaissent pas un *procurator litis* (15) et un *procurator ad res administrandas* : le même homme de confiance se présente chez les débiteurs, et, s'il le faut, devant le magistrat. Si le préteur a reconnu l'office du *procurator*, c'est pour que les intérêts de l'absent fussent saufs.

Alfenus défendant Quinctius en justice ne se borne pas à

(12) Nous n'avons pas à prendre parti dans toutes les discussions relatives au caractère et à la date de cette loi. L'opinion la moins improbable est qu'il s'agit d'une *lex saturni*, cf. E. Pais, *Ricerche sulla storia e sul diritto romano*, I, Roma, 1918, p. 253.

(13) Lignes 32-37.

(14) Lignes 41-43.

(15) A. H. J. Greenidge, *The legal procedure of Cicero's time*, Oxford, 1901, p. 238. Au cas où le maître est présent, il constitue un *cognitor*. La théorie de Gauckler (*N. R. H.*, 1889, 624) d'après laquelle le *procurator* serait l'ancien *defensor* n'a trouvé aucun crédit, et nous pensons, avec la plupart des auteurs récents, que l'on ne saurait établir entre *procurator* et *cognitor* un lien de filiation historique. Cette conclusion résulte tout naturellement des origines et des fonctions que nous assignons au *procurator*.

des actes de pure procédure : il veille à la conservation du patrimoine (16). Et l'on n'imagine point que si les amis d'Épicrate avaient obtenu la restitution des biens confisqués, ils les eussent à nouveau abandonnés. Que le *procurator* puisse être constitué à l'occasion d'un procès, cela est fort naturel ; mais son rôle n'est pas limité à une affaire judiciaire.

Il est, d'ailleurs, incontestable que la faculté de paraître en justice est un des traits du procureur. Elle n'est pas exclue par ce passage du *pro Roscio comædo* dans lequel le *cognitor* est présenté comme seul autorisé à agir pour autrui (17) : le procureur n'est pas un simple représentant judiciaire, mais un vicaire de l'absent, qu'il n'y a pas lieu de mentionner parmi les exceptions à la règle : *alteri (petere) nemo potest, nisi qui cognitor est factus*.

Seulement, il paraît certain que l'on n'admettait qu'avec méfiance et en prenant des garanties le rôle du procureur dans la procédure. La *satisfactio judicatum solvi* est demandée à Alfenus (18). La *cautio amplius non peti* est régulièrement exigée (19). C'est que le *procurator* ne déduit pas en justice le droit du demandeur (20).

(16) P. Cogliolo (*Trattato teorico e pratico della amministrazione degli affari altrui*, Firenze 1890, I, p. 13, admet, sans preuves, que le *procurator omnium rerum* n'est autre chose, au temps de Cicéron, que le mandataire chargé d'administrer les biens, de même que le *procurator litis* et le *cognitor* sont des mandataires chargés d'agir en justice. Cette distinction n'apparaît pas dans les sources de l'époque républicaine.

(17) *Or. pro Q. Roscio comoedo*, 18, 53.

(18) *Or. pro P. Quinctio*, 7, 29. Alfenus conteste cette demande.

(19) L. Debray, *La cautio amplius non peti*, N. R. H., 1917, p. 5.

(20) Girard, *Manuel...* p. 1044. Cuq, *Manuel...* p. 870. En ce qui concerne la procédure, nous nous bornons à rappeler le rôle du procureur, qui a été fort bien étudié dans les ouvrages cités précédemment (cf Introduction), auxquels il faut ajouter les thèses de MM. Roman et Debray.

Si l'on compare ces restrictions à la netteté de la loi agraire de 643, de l'interdit *unde vi*, de l'édit des édiles, on ne peut s'empêcher d'y voir la preuve que le *procurator* a été créé avant tout pour l'administration et que son rôle dans la procédure n'a été autorisé que sous l'empire de la nécessité, comme une conséquence de son rôle d'administrateur et avec des précautions qui trahissent la répugnance des Romains pour la substitution de personne dans les procès.

Le procurateur porte la marque de ses divers antécédents historiques. Il est à la fois un protecteur à qui l'on confie tous ses biens ou une partie du patrimoine et l'agent technique chargé d'une gestion ou d'une direction d'affaires. On donne au même personnage le rôle de Calliclès et celui du pseudo-Saurea : la dignité et la fonction. Elles resteront réunies dans un grand nombre de cas, mais avec une prédominance toujours plus marquée du caractère technique. De la *commendatio* est issu le *procurator*, mais, avec des devoirs et des aptitudes qui rappellent l'*atriensis*.

Les attributions étendues que nous avons définies appartiennent à tout procurateur placé à la tête d'un patrimoine ou d'un domaine. Mais, de bonne heure, le mot *procurator* fut employé pour désigner celui qui, dans un cercle beaucoup plus modeste, a reçu une mission de confiance (21), par exemple un simple service de basse-cour (22). Ces procurateurs eurent dans l'évolution du droit comme dans la vie réelle peu d'importance.

(21) *In C. Verrem*, II, 2, 59, 144 : *procurator statuis faciundis*.

(22) Varron, *de re rustica*, III, 6, 3.

3. Enfin, la mission du procureur était généralement provisoire : elle durait aussi longtemps que l'absence.

Ti. Roscius est le procureur de Chrysogone, qui se trouve à l'Armée (23). Naevius nomme un procureur chaque fois qu'il part pour la Gaule (24). Ces cas spéciaux avaient été prévus : mais il semble que, déjà, à la fin du VII^e siècle, toute absence justifie l'institution d'un procureur. P. Matrinus, séjournant à Rome, a laissé en Sicile L. Flavius (25). Et la preuve d'une extension encore plus grande de la notion d'absence est fournie par l'existence du procureur en Afrique.

Par contre, il ne semble pas que le procureur puisse être institué dans une maison où le maître demeure (26).

Ingénu, vicairé provisoire : tel nous apparaît donc le procureur-type.

III

LA SANCTION DES ACTES DU PROCURATEUR

1. Cet homme libre, investi par l'absent d'un pouvoir quasi-dominical, est-il un véritable agent juridique, assujetti comme tel à des charges précises et sanctionnées par la loi ? Il n'y a point de mot pour désigner sa fonction. *Procuratio* est

(23) *Or. pro Roscio Amerino*, 7, 20.

(24) *Or. pro P. Quinctio*, 19, 62.

(25) *In C. Verrem*, II, 5, 7, 15.

(26) Mitteis, R. R. G., a invoqué un passage de Cicéron (*de orat.*, I, 58, 249) : *Num igitur si cui fundus inspiciendus aut si mandandum aliquid procuratori de agri cultura, aut imperandum vilico sit...* Mais ce maître qui donne mandat à son procureur ne réside pas nécessairement sur sa terre.

un terme du droit public qui signifie dignité, honneur (1) et qu'on ne rencontre point dans la langue du droit privé. Peut-être la mission du procureur fut-elle d'abord sanctionnée par voie d'arbitrage ? (2).

2. Il est certain que l'*actio mandati* ne pouvait être invoquée, car, au début du viii^e siècle, le procureur est rapproché du mandataire par une simple analogie, ainsi que du tuteur, de l'associé, de l'acquéreur fiduciaire (3). Comme Cicéron illustre par cette énumération un mode de raisonnement qui exclut la hiérarchie, la dépendance des termes, pour ne tirer argument que de leur similitude, il faut conclure que jamais le procureur n'est constitué par mandat.

La raison nous en paraît assez facile à préciser. Ce qui caractérise à l'origine le contrat de mandat, c'est la *détermination* très exacte de la mission confiée au mandataire (4).

Il n'est pas sûr que l'on soit parvenu d'un coup à la notion contractuelle. Peut-être l'*actio mandati* eut-elle d'abord un caractère pénal. Plusieurs textes permettent de supposer

(1) Les exemples sont nombreux dans le dictionnaire de Merguet.

(2) Cette hypothèse est formulée par M. Cuq, *Instit. jurid.*, I, 200, n. 3.

(3) *Top.* 10, 42 : « *Sunt enim similitudines, quae ex pluribus conlationibus perveniunt quo volunt, hoc modo : si tutor fidem praestare debet, si socius, si cui mandaris, si qui fiduciam acceperit, debet etiam procurator.* »

(4) Dans le *Trinummus*, il y a une *commendatio*, et non pas un mandat général, comme l'admettent de nombreux auteurs parmi lesquels Costa (... *Plautq.*, p. 390). Pernice (*Parerga*, Z. S. S., R. A., t. 9, p. 237, s.) note avec raison que *res mandata* signifie mandat d'accomplir une affaire déterminée ; parfois aussi, il s'agit de l'ensemble du patrimoine ; mais alors il n'est point question de contrat de mandat : il y a *commendatio*. V. opinion contraire de Karlowa, R. R. G., II, 665.

qu'elle sanctionna le délit de celui qui remplit mal son office de confiance (5). Ainsi s'expliquerait le refus du prêteur Sex. Julius de délivrer l'*actio mandati* contre des héritiers (6). Cicéron rapproche cette action de l'*actio furti* et insiste sur son rôle répressif (7).

On ne saurait dire à quel moment cette conception, dont on ne trouve au vir^e siècle que des vestiges, fut abandonnée. Au temps de Plaute, le mandataire reçoit du mandant des instructions minutieuses (8) et c'est probablement la précision de l'accord qui permit de reconnaître le nouveau contrat.

Au contraire, le procureur est un vicaire, dont l'office est aussi indéterminé que celui de l'ami, dans l'ancienne *commendatio*. Le maître l'a chargé de ses intérêts en lui promettant par avance de confirmer tout ce qu'il fera *ex moribus domini* : mais on ne saura qu'après coup si ses actes sont conformes aux volontés du commettant. Un mandat général — à supposer qu'on l'eût imaginé — aurait toujours autorisé l'exercice de l'*actio mandati*, pourvu que le procureur eût agi de bonne foi, tandis que l'examen de l'office du procureur oblige à scruter non pas les intentions de l'agent, mais les usages du maître, à considérer le *negotium gestum*, parce que dans une entreprise aussi vaste que l'administration d'un patrimoine, il n'est point possible de présumer toutes les intentions du maître.

(5) Certains auteurs, et notamment Costa (*Cicerone*... p. 171) pensent que le mandataire ne fut point, à l'origine, tenu d'accomplir la mission qui lui était confiée. L'action n'aurait sanctionné que l'exécution, et non pas la négligence. Cette opinion nous paraît difficile à concilier avec le texte de l'*Or. pro Sex. Roscio Amerino*, 39, 113.

(6) *Rhet. ad Her.*, 2, 13, 19.

(7) *Or. pro Sex. Roscio Amerino*, 38, 111.

(8) *Mercator*, v. 425, ss. (acte II, sc. 3). V. sur cette scène : Demelius, *Plaut. Studien*, Z. f. R. G., t. 9, p. 197.

3. L'idée que l'édit de *negotiis gestis* aurait mentionné la condition de l'absence, émise par Atzeri (9), qui a plus tard changé d'avis, a été récemment reprise par Partsch (10) dans une substantielle étude. Elle s'appuie sur cette observation très importante que les commentateurs de l'Edit mentionnent le fait de l'absence avec une régularité et dans des phrases telles qu'il y faut voir une allusion à la lettre du texte qu'ils éclaircissent (11). Au lieu de « *Si quis negotia alterius gesserit...* », il faudrait lire : « *Si quis negotia absentis...* » La suppression du mot : *absentis* serait d'autant moins surprenante qu'elle se vérifie plusieurs fois dans le Digeste (12) et s'explique par ce fait qu'il a, dans l'*actio in factum*, une importance capitale que ne comprennent plus les Byzantins (13).

L'altération du texte primitif nous paraît fort probable. Les conférences de textes ne suffiraient peut-être pas à la démontrer. Mais l'histoire du *procurator* lève tous les doutes. L'effort que les Romains ont dû accomplir pour concevoir le rôle du *procurator*, les conditions qu'ils ont posées, excluent l'idée que le préteur eût été mû par le souci de donner une

(9) Atzeri, *I principi fondamentali della gestione d'affari*, Cagliari, 1890, p. 142. Cette opinion a été rétractée par son auteur. G. Pacchioni (*Trattato della gestione degli affari altrui*, Milano, 1915, p. 27) approuve cette rétractation.

(10) J. Partsch, *Studien zur negotiorum gestio*, I (*Sitzungsberichte der Heidelberger Akademie der Wissenschaften* Band IV, Heidelberg, 1913), p. 11, s. Cette correction au texte de l'édit paraît admise par Lenel, *Die cura minorum der Klassischen Zeit*, Z. S. S. 1914, t. 35, p. 210.

(11) Cela est particulièrement net dans les textes suivants : D., 3, 5, 2; 3, 5, 10; 21, 2, 66, 3; 44, 7, 5, pr. (cf. *Instit.* 3, 27, 1). — V. encore D., 3, 5, 1; 3, 5, 18, 3; 7, 1, 12, 2; 7, 1, 48; 17, 1, 20, 1.

(12) Ainsi, dans deux fragments du titre de *negotiis gestis* : D. 3, 5, 11 (12); 3, 5, 21 (22).

(13) Partsch, *op. cit.*, p. 12.

action à quiconque s'immiscerait dans les affaires du maître présent.

Et si l'édit avait eu le caractère de généralité que suppose le mot : *alterius*, la mention expresse des *negotia hereditaria* ne paraîtrait-elle pas superflue ?

Celui qui gère les *negotia* de l'absent est protégé par le préteur. Mais on ne s'accorde point sur le sens du mot *negotia*.

Wlassak (14) l'entend des seules affaires judiciaires, en invoquant le sens du mot *negotium* et les commentaires : le *procurator litis* serait seul visé.

La spécialisation du *procurator* nous paraît s'être produite postérieurement à l'édit. Et les arguments que Wlassak invoque sont ruinés par les jurisconsultes à qui il croit les emprunter. Cicéron ne réserve pas à la désignation des affaires judiciaires le mot *negotium* (15) et Ulpien, après avoir suggéré l'*utilitas indefensi* (16), prend des exemples fort éloignés du domaine de la justice.

Le préteur devait avoir en vue tout d'abord la défense en justice : cela résulte de la place de notre texte dans l'Edit (17) et de l'importance primordiale des actions dans le patrimoine. Mais loin d'exclure les actes d'administration, il est probable

(14) Wlassak, *zur Gesch. der neg. gestio*, Iena 1879, p. 57, s. V. Pernice, *Labeo*, I, 494.

(15) L'observation est de Ferrini, *Appunti sulla dottrina romana della negotiorum gestio*, B. I. D. R., 1894, p. 89.

(16) D., 3, 5, 1. De même, Marcel assigne pour principal rôle au tuteur la défense du pupille. D., 26, 7, 30.

(17) La *negotiorum gestio* formerait la dernière partie du titre VIII, *de cognitoribus*...

que l'édit ayant pour objet de protéger les absents, c'est la gestion de l'ensemble du patrimoine qu'il vise (18).

Cette conclusion est appuyée par la forme invariable des commentaires : toujours, il s'agit des *negotia*, jamais d'une affaire particulière (19).

Condition de l'absence, généralité de la gestion : le *procurator omnium rerum* est incontestablement visé par l'Edit. Le prêteur eut spécialement en vue de régler ses rapports avec le *dominus*. Le *negotiorum curator* dont parle Cicéron dans ses Topiques et contre qui une action de bonne foi est donnée, est un *procurator* (20).

(18) Partsch, *op. cit.*, p. 29, ss. Cette opinion avait déjà été soutenue. V. notamment Huvelin, *Dict. Ant.*, v° *Negotiorum gestio* ; Ferrini, *Appunti...* p. 89. On sait qu'à l'époque classique, l'action est accordée aussi bien à celui qui gère une seule affaire.

(19) Nous n'avons pas à discuter ici tout le problème des origines de l'*actio negotiorum gestorum* ; nous devons seulement justifier la terminologie que nous avons adoptée. Si nous n'avons point écrit : *actio contraria*, à propos de l'Edit, c'est que l'antithèse entre *actio directa* et *actio contraria* nous paraît byzantine. L'Edit donne deux actions *in factum*, l'une au *dominus*, l'autre au *gestor*. Au contraire, il n'y a qu'une formule *in jus*. Justinien, unifiant le régime classique des formules *in jus* et *in factum*, créa la division nouvelle : actions directes, actions contraires. Tout cela nous semble avoir été établi — encore que des réserves doivent être faites sur quelques points — par B. Biondi, dans son livre suggestif *Judicia bonae fidei* (*Ann. del Semin. giur. della R. Università di Palermo*, vol. VII, 1920).

(20) Top. 17, 66 : ... *illi quid socium socio, quid eum, qui negotia aliena curasset, ei, cujus ea negotia fuissent, quid eum, qui mandasset, eumve, cui mandatum esset, alterum alteri praestare oporteret... tradiderunt*. Il suffit de rapprocher ce texte d'un autre texte déjà cité (Top. 10, 42) pour établir l'identité du *negotiorum curator*. Cf. Cuq. *Instit. jurid.*, I, 200, n. 8. *Fidem praestare* a, dans le second des textes signalés un sens juridique (= *bonam fidem praestare*), cf. G. Segré, *Sulle formole relative alla negotiorum gestio...* (*Studi senesi. Scritti... in onore di L. Moriani...* vol. II, 1906, p. 302. Le changement de sens des mots *praestare* et

Les expressions de la Table latine d'Héraclée : *qui ejus (absentis) negotia curabit* (21), montrent bien que l'on applique au *procurator* les expressions de l'édit de *negotiis gestis*.

La séparation du *procurator* et du *negotiorum gestor* ne dut se faire que quand on s'écarta — dès le temps de la République — de la condition d'une gestion générale.

Jusqu'alors, on dut regarder comme *procurator* tout *negotiorum gestor*, et accorder l'*actio negotiorum gestorum* à tout procureur, institué ou volontaire. En vérité, l'« institution » importe peu : dans tous les cas, le procureur entreprend spontanément les divers actes de son administration, puisqu'il n'a point reçu de mandat.

Nous croyons donc que l'on peut concevoir ainsi les rapports primitifs, tant de fois discutés et toujours si obscurs, de l'*actio mandati* et de l'*actio negotiorum gestorum*. L'*actio mandati* aurait été créée pour punir le délit de l'ami peu scrupuleux dans la garde ou dans l'administration d'un patrimoine qui lui est confié. Puis, elle aurait été spécialisée, en devenant la sanction d'un engagement bien déterminé : celui de remplir une mission particulière. Son application étant exclue par la généralité de l'*officium procuratoris*, qui empêche d'apprécier d'emblée et sur tous les points les intentions du maître, le prêteur aurait créé l'*actio negotiorum gestorum*, qui permet à la fois d'assurer l'administration continue et de vérifier qu'elle est conforme aux usages du maître. Déjà, sous la République, on

fides a été récemment étudié par R. Mayr, *Praestare*, Z. S. S., R. A., 1921, notamment p. 203 et par E. Fraenkel, *Zur Geschichte des Wortes Fides* (Rheinisches Museum für Philologie, 1916, p. 187).

(21) *L. Julia municipalis*, l. 1 et 2. Le mot *curator* est souvent employé pour *procurator*, cf. Partsch, *op. cit.*, p. 74, n. 1.

aurait admis la possibilité de gérer une affaire isolée. Et nous suivrons bientôt l'effort poursuivi par la jurisprudence classique en vue de dégager les usages ordinaires, les intentions de tout maître qui désigne un procureur, pour fonder sur la volonté probable du *dominus* l'idée du mandat général.

IV

LE PROCURATEUR ET LES USAGES GRECS

En recherchant les précédents romains du *procurator*, en décrivant l'évolution interne et logique au terme de laquelle il apparaît, nous n'avons pas écarté la possibilité d'influences étrangères sur le développement de notre institution. Il nous est maintenant permis de procéder à d'utiles comparaisons, de nous demander si les Romains ont créé de toutes pièces le procureur ou bien si la Grèce ne leur offrait pas un prototype.

1. Apollodore, contraint de s'absenter pour le service de l'Etat, laisse le soin de ses affaires à Nicostrate, son voisin de campagne et son ami intime, en le priant de se comporter comme un maître. Nicostrate remplit si consciencieusement sa mission qu'il se fait prendre et vendre pour avoir poursuivi sur la mer des esclaves fugitifs (1).

N'est-ce pas, trait pour trait, l'histoire du procureur *Alfenus* ? Mêmes circonstances, mêmes conditions sociales, même rôle, jusque dans les détails.

(1) C. *Nicostr.*, § 5.

L'Athénien qui part en voyage confie ses intérêts à un ἐπιτροπος (2). Et s'il néglige de prendre cette précaution, ses amis, spontanément, le défendront : ceux d'Epicrate se comportent exactement comme avaient fait les compatriotes de Timothée (3).

Le rêve des Athéniens du v^e siècle est de se décharger des soins de la vie pratique, de confier à des auxiliaires leurs intérêts (4). Avoir des loisirs pour la politique et pour les œuvres de l'esprit : tel est le souci des philosophes. Les esclaves font le commerce, un régisseur exploite le domaine rural : c'est le trait de l'économie athénienne (5) : Xénophon justifie la profession de l'homme instruit de la science économique qui entreprend d'administrer tous les biens, urbains et rustiques, d'un propriétaire (6). Parfois, c'est un esclave qui dirigera les travaux des champs (7).

En Egypte, trois siècles avant Jésus-Christ, l'économe administre le grand domaine, comme le *villicus* à Rome (8) ; cette institution s'étendit au droit public et l'on sait fort bien par les papyrus, quelle était la situation de ces agents et dans

(2) Beauchet, *Hist. du droit privé de la République athénienne*, II, 154, ss.

(3) *C. Timoth.*, § 37.

(4) R. Gonnard, *Histoire des doctrines économiques*, Paris 1921, p. 24, s.

(5) Glotz, *Le travail dans la Grèce ancienne*, Paris, 1920, p. 302.

(6) Xénophon, *Econ.*, I, 1-5. Il insiste sur la possibilité d'une administration générale, *ib.*, VI, 4.

(7) *Ib.*, XII, 2-4.

(8) M. Rostovtzeff, *A large estate in Egypt in the third century b. C.*, Madison, 1922, p. 29.

quelles conditions économiques ils ont exercé leurs pouvoirs (9).

2. Le fait que le procureur apparaît en Afrique et qu'il ait en Sicile une place si importante ne saurait donc surprendre. Peut-être le procureur domestique s'est-il simplement maintenu dans les pays soumis aux influences helléniques, et puis s'est-il introduit partout, sous la République, grâce à la transformation des vieilles institutions romaines que nous avons étudiées et d'où était issu un peu plus tôt le procureur général imité de l'épimélète que nous révèle Apollodore.

Si les Romains l'ont adopté et nationalisé, en quelque sorte, il y a ici plus que l'influence d'une institution étrangère. Le rôle de l'intermédiaire se précise et grandit partout où l'activité générale se développe : c'est un des incidents du passage de l'organisation domestique à l'économie d'échange, de la simplicité au raffinement des mœurs. Partout, l'extension du commerce et les progrès de la culture spirituelle empêchent ou détournent le maître de diriger sans arrêt toutes ses affaires. L'apparition des procureurs est donc contemporaine d'une des révolutions les plus importantes de l'histoire de Rome.

(9) M. Rostovtzeff, *The foundations of social and economic Life in Egypt in hellenistic Times*, *Journal of Egypt. archeol.*, VI, 1920, p. 161-178.

CHAPITRE III

Le Procureur au temps du Principat

I

ÉVOLUTION DES CARACTÈRES ET DES FONCTIONS DES PROCURETEURS, AUX PREMIERS SIÈCLES DE L'EMPIRE

Le procureur n'était pas figé dans les cadres du droit. Personnage vivant et mobile, il a pris sous la République des formes diverses. L'histoire de ses variations ne s'arrête qu'au jour où les jurisconsultes classiques l'ont strictement défini.

1. Sous l'Empire, le *procurator omnium rerum* survit. L'absence est toujours l'occasion normale de son institution. Cela résulte de nombreux fragments classiques (1), où ne se trouve, d'ailleurs, mentionnée, aucune des qualifications de l'absence propres à l'ancien droit (2) ou au droit byzantin (3).

(1) *Fr. Vat.* 328 et ss. ; *C. J.* 10, 48, 5 ; *D.*, 3, 3, 47 ; 16, 2, 21 ; 21, 2, 66 ; 36, 1, 68 (66), 1 ; 36, 3, 1, etc.

(2) Il n'est plus question de l'absence *reipublicae causa* sauf dans une constitution de Dioclétien et Maximien, qui refuse aux *procuratores absentium reipublicae causa* l'exemption des *munera*. *C. J.* 10, 48, 5.

(3) On ne spécifie pas que l'absence devra avoir une juste cause, comme cela a lieu pour beaucoup d'actes cf. G. Donatuti, *Justus, justa, justitia nel linguaggio dei giuristi classici*, (extr. de l'*Arch. giurid.*) Roma 1921, p. 31, ss. On se préoccupe seulement d'assurer la protection prétorienne à l'absent *per justissimam causam* dont le procureur vient à mourir. *D.* 4, 6, 28. On se demande souvent — c'est une question classique — si l'*i. i. r.* est accordée dans le cas où un procureur a été, ou pouvait être institué : il semble que le préteur, bien qu'il se décide d'après les circons-

Seulement, l'absence est devenue l'état ordinaire des riches Romains, à partir de la fin de la République. Il leur plaît d'avoir plusieurs *villae*, de les visiter tour à tour, et de ne point s'embarrasser de leur organisation économique. Même dans les lieux où ils résident, ils délaissent les affaires pour le plaisir ou pour les œuvres de l'esprit (4). Si bien que l'on dut prendre des mesures définitives pour assurer l'administration générale du patrimoine et la gestion des divers domaines sans le concours du maître.

2. La conséquence de cet état de choses, c'est que le procureur devient, de plus en plus, un agent stable. Des parents (5), des amis, sont institués *procuratores omnium rerum* pour une période illimitée, par une déclaration expresse que l'on appelle désormais : *procuratio* ; on les désigne parfois par disposition de dernière volonté (6). Il peut y avoir plusieurs procureurs généraux pour un seul patrimoine (7).

Chaque maison, rustique ou urbaine, est pourvue d'un

tances et sans règle inflexible (Charvet, *op. cit.*, p. 79, s) refusera dans bien des cas l'i. l. r. (parce que l'absent eût pu laisser un procureur (D. 4, 6, 26, 1 ; h. t., 28, pr.).

(4) Sur cette vie nomade et sur l'indifférence des lettrés, dès le temps de Cicéron, pour les progrès de l'agriculture et du commerce, cf. Warde Fowler, *La vie sociale à Rome, au temps de Cicéron*, trad. fr., Paris, 1917, p. 269, ss. Cette indifférence ne fit que croître sous le Principat. Cf. Dill, *Roman Society from Nero to M. Aurelius*, Londres, 1904.

(5) Parfois, le fils est désigné. D., 19, 1, 60 ; 32, 34, 1. Inversement, il peut avoir un procureur, tandis qu'il y a des doutes en ce qui concerne l'esclave D. 3, 3, 33, pr.

(6) D., 33, 10 ; 33, 13, fr. 18 et 19.

(7) D., 3, 3, fr. 46, 7 et fr. 47. La question est de savoir si l'un de ces procureurs peut agir contre l'autre.

procurateur, qui ne remplit pas un office mais une véritable profession.

Dans le domaine rural, le procurateur se généralise au 1^{er} siècle. Ni Caton ni Varron ne l'avaient nommé. Au contraire, il tient le rôle principal dans la ferme décrite par Columelle (8), et dans chacun des domaines de Pline (9) ; il est le véritable chef d'une exploitation dont la direction technique reste confiée au *villicus* et où l'*actor* (10) tient les comptes.

La fonction peut être remplie par un homme de qualité : Iccius administre les biens d'Agrippa en Sicile (11) ; Fabatus songe à instituer Rufus, compagnon de son fils (12). Mais le mépris où l'on tenait la vie pratique, la transformation de l'office en métier eurent pour conséquence un abaissement général de la condition sociale du procurateur : c'est, le plus souvent, un affranchi.

Plusieurs circonstances expliquent que l'on ait établi au-dessus du *villicus* un homme libre. Les inconvénients et les insuffisances de l'autorité d'un esclave ne sont plus compensés par la continuité de son œuvre, depuis que les esclaves sont appelés à l'armée (13). D'autre part, la faveur accordée à ceux qui gèrent les intérêts d'autrui — et notamment la

(8) Columelle, *de re rustica*, I, 6 : *Villico juxta januam fiat habitatio, ut inrantium exeuntiumque conspectum habeat. Procuratori supra januam ob easdem causas : et is tamen villicum observet ex vicino... Area, si competita, ita constituenda est, ut vel a domino, vel certe a procuratore despici possit...* ». Varron, dans un passage parallèle (*de re rustica*, I 13) ne parle que du *villicus*.

(9) Pline, *Ep.*, III, 19.

(10) V. sur ce personnage la *Real Enc.* et le *Diz. epigr.*

(11) Horace, *Ep.*, I, 12.

(12) Pline, *Ep.*, VI, 30.

(13) Marquardt, *Organ. milit.*, p. 144, s.

reconnaissance de leur droit d'agir en justice — incitaient les propriétaires à utiliser la procuratelle (14).

Le même phénomène de stabilisation, de spécialisation, s'est produit dans la maison urbaine. Ils sont nombreux, ces *procuratores liberti* qui consacrent un monument à leur patron (15), ou dont la mémoire est conservée par les soins du maître (16). Parfois, le *procurator* est celui qui a élevé (17), éduqué le maître : ce trait indique quelles pouvaient être sa culture et son influence (18). Peut-être récompensait-on le précepteur zélé en lui donnant l'intendance de la maison.

3. En devenant une profession (19) la procuratelle a subi une transformation grave. Elle repose sur un fondement nouveau (20). Le procurateur domestique n'est pas avec le *dominus*

(14) Les constitutions de la fin de l'Empire semblent indiquer que le procurateur est devenu surtout l'intendant du domaine rural. On le place à côté de l'*actor*, du *conductor*, parfois du *servus*, du *colonus* (C. J., 8, 50, 20 (409) ; 4, 26, 13 et 8, 15, 8 (422) ; 1, 5, 8 (455)). On redoute ses abus de puissance (C. J., 1, 40, 11 (408)). Il est responsable du non-paiement des impôts (C. J., 11, 58 (57), 3 (386) ; 10, 19, 7 (401) ; 12, 38, 2 (404)). Les soldats (C. J., 4, 6, 5 (290) ; 4, 65, 31 (458)), les curiales (C. J., 10, 32 (31), 34 ; 4, 65, 30) ne peuvent être procurateurs. Des peines sont prononcées contre ceux qui les engagent dans cette profession.

(15) V. par ex. Dessau, *Inscr. lat. selectae*, 1137, 1200.

(16) *Ibid.*, 2866, 7387 et s.

(17) *Ibid.*, 1149, 3018. V. aussi la curieuse inscription n° 1848.

(18) Le « procurateur galant » eut un rôle important, s'il faut en croire Sénèque et Martial cf. Friedländer, *Mœurs romaines du règne d'Auguste à la fin des Antonins*, trad. fr., 1865, I, 361, ss.

(19) Le procurateur peut être rétribué. D., 17, 1, 7 ; 33, 1, 13, pr. v. sur ce point T. Loewenfeld, *Inästimmbarkeit und Honorierung der artes liberales nach röm-Recht* (Festg. Planck, 1887), notamment p. 376-382.

(20) Il y avait déjà sous la République des *procuratores liberti* ; il y a encore sous l'Empire des *amici* : mais ce qui, jadis, était la règle, est devenu l'exception.

dans les mêmes rapports que le *procurator absentis* avec son ami. Dans ce dernier cas, nous l'avons vu, il y a l'idée d'un service, tandis que dans le premier, il faut un lien obligatoire, une subordination : or, cet état de dépendance jadis exceptionnel, est, sous l'Empire, beaucoup plus fréquent que les anciens rapports amicaux et officieux.

Tous les procureurs urbains et — sauf de rares exceptions — le procureur rural, sont, nous l'avons montré, des *liberti*. N'ont-ils pas été affranchis pour remplir leur fonction ?

Cette conjecture tout à fait naturelle est fortifiée par une disposition de la *lex Aelia Sentia*, que rapporte Gaius (21).

Iusta autem causa manumissionis est veluti si quis filium filiamve aut fratrem sororemve naturalem, aut alumnum, aut paedagogum, aut servum procuratoris habendi gratia, aut ancillam matrimonii causa apud consilium manumittat.

Si l'on fait une telle exception à une loi restrictive de la liberté des affranchissements, il en faut conclure que la *manumissio* est une occasion très pratique, peut-être même le mode normal d'institution du procureur domestique (22).

On peut supposer que le maître qui veut avoir un procureur affranchit celui qu'il destine à cette fonction en exigeant de lui la promesse d'un *munus* ou le serment de s'en charger (23). Puis il le requerra de remplir l'office de procura-

(21) Gaius, I., 19.

(22) Les *causae manumissionis* de la *lex Aelia Sentia* ont été étudiées par Buckland (*The Roman Law of Slavery*, p. 538, ss.) qui ne s'occupe point du *procurator*.

(23) Sur ce mécanisme, cf. J. Thélohan, *De la stipulatio operarum* (*Mél. Girard*, I., 360).

teur (24). Plusieurs textes, au Digeste, font allusion à ce genre d'*operae* (25).

4. Parfois, enfin, des esclaves chefs de service sont appelés procurateurs.

Pétrone montre un *procurator* placé au-dessus du *dispensator* dont il vérifie et approuve les opérations, qui est responsable de la gestion des esclaves et qui, lui-même, est encore en servitude (26). D'autres procurateurs esclaves administrent une maison de rapport (27), une auberge (28). Le fait qu'ils remplacent le maître dans l'exercice d'une des ses fonctions justifie leur titre de *procurator* (29).

Dans la *familia rustica*, se multiplient les procurateurs esclaves pourvus d'emplois très modestes : *curatores gallinarii, upiarii, oviarii* (30).

5. Les empereurs ne firent que suivre l'exemple donné par les particuliers en instituant des procurateurs sur leurs domaines et dans certaines provinces (31). Ils les choisirent

(24) L'affranchi sera tenu *civiliter*, puisque les *operae* (que l'*indictio* précise) ont été imposées *libertatis causa*. Cf. L. Mitteis, *Operae officiales und operae fabriles*, Z. S. S. (R. A.), 1902, t. 23, p. 156.

(25) D., 38, 1, 1 et 22.

(26) *Satiricon*, 30, 1 et 9. M. Debray (*Pétrone et le droit privé romain*, N. R. H., 1919, p. 49) observe que ce procurateur est au milieu de la famille servile, encadré par des esclaves (29, 9 et 30, 2).

(27) *Ibid.*, 95, 3.

(28) *Ibid.*, 97, 1.

(29) Cette remarque, qui confirme notre conception générale du procurateur, est présentée par M. Debray, *loc. cit.*, p. 50.

(30) P. Louis, *Le travail dans le monde romain*, Paris, 1912, p. 175, 2.

(31) Marquardt, *Administration romaine*, II, 581, ss. O. Hirschfeld, *Die Kaiserlichen Verwaltungsbeamten...* Berlin, 1906, p. 410, 11. Liebenam, *Die Laufbahn der Procuratoren*.

d'abord parmi les affranchis : ceux-ci, vers le temps de Néron, n'occupent plus que les emplois secondaires, les plus hautes fonctions étant réservées aux chevaliers. Leur rôle est variable : ils sont à la tête d'un service ou de toutes les affaires d'une province (*omnium rerum*) ou d'une partie de l'administration (32).

Il est important de noter que cette organisation dut avoir beaucoup d'influence sur le sort du procureur privé, en le multipliant et en précisant ses fonctions.

6. On peut résumer ainsi l'état des procureurs privés, aux premiers siècles de l'Empire : l'absence temporaire est l'occasion normale d'instituer un parent, un ami ou un agent d'affaires. Les Romains ne pouvant ou ne voulant pas s'occuper d'administrer leurs biens, ont choisi parfois, des procureurs généraux permanents, et placé dans le domaine rural : un homme de confiance, ingénu ou affranchi, assisté de chefs de service dont les obligations sont fixées par le maître ; dans la maison de ville : un majordome ou un surveillant de la comptabilité, affranchi ou esclave. Toutes les conditions sociales sont représentées dans ce tableau et l'étendue des pouvoirs du procureur varie : du vicariat général aux plus humbles besognes. Dans un rayon changeant, le *procurator* remplace le maître qui lui a donné sa confiance.

(32) D., 4, 6, 35, 2.

II

LA CLASSIFICATION DES PROCURATEURS DANS LES ŒUVRES DES JURISCONSULTES CLASSIQUES

1. Quand les jurisconsultes classiques énonçaient les règles relatives aux procurateurs, ils avaient sous les yeux les divers types que nous avons identifiés. Et l'on supposera difficilement qu'ils aient exclu du champ de leurs observations aucun d'entre eux. Les modernes leur prêtent la conception uniforme d'un procurateur général qui serait un affranchi : une telle abstraction paraît d'emblée peu probable. Cependant il ne faut pas s'attendre à reconnaître facilement dans le Digeste les catégories de la vie pratique.

Les jurisconsultes, en effet, ne se sont pas occupés du *procurator* en tenant compte de ses rôles divers dans la société, mais en interprétant des textes qui visent les pouvoirs du *procurator*, sans qualification (1).

Un très grand nombre de titres de l'Edit appelaient leur attention sur le procurateur. Le titre VIII, notamment, provoqua beaucoup de commentaires. Mais ce qui frappe, c'est la grande dispersion et aussi la variété des discussions relatives au procurateur. Il apparaît un peu partout : c'est un personnage de la vie réelle, mêlé à tous les actes juridiques.

2. La division fondamentale dans les textes du Digeste est celle qui oppose *procurator omnium bonorum et procurator unius rei*.

(1) Ces textes ne joignent jamais au mot *procurator* un mot destiné à le définir (*omnium rerum, ad omne negotium, etc.*).

Le caractère classique de cette distinction a été mis en doute, tout récemment, par Albertario, qui considère le *procurator unius rei* comme une invention orientale. Cela résulterait de la forme stéréotypée et nettement byzantine des textes où il se présente (2).

Il n'en est point de plus dogmatique, de plus net que ce fragment mis sous le nom d'Ulpien (3) :

Procurator est qui aliena negotia mandatu domini administrat. 1. Procurator autem vel omnium rerum vel unius rei esse potest constitutus vel coram vel per nuntium vel per epistulam : quamvis quidam, ut Pomponius libro vicensimo quarto scribit, non putent unius rei mandatum suscipientem procuratorem esse : sicuti ne is quidem, qui rem perferendam vel epistulam vel nuntium perferendum suscepit, proprie procurator appellatur. Sed verius est eum quoque procuratorem esse qui ad unam rem datus sit. 2. Usus autem procuratoris perquam necessarius est, ut qui rebus suis ipsi superesse vel nolunt vel non possunt, per alios possint vel agere vel conveniri. 3. Dari autem procurator et absens potest.

Albertario relève en ce texte beaucoup de termes suspects (4) et il observe que le *procurator unius rei*, n'administrant pas les *negotia*, ne répond pas à la définition générale.

La connaissance que nous avons prise de l'activité des

(2) E. Albertario, *Procurator unius rei*, *passim*. Les textes principaux du Digeste où se trouve cette division sont : 3, 3, 1 ; 12, 2, 17, 2-3 ; 14, 3, 6 ; 17, 1, 12, 7 ; 17, 2, 65, 7 ; 21, 1, 25, pr. et 3 ; 40, 12, 17 ; 44, 6, 2 ; 46, 3, 12, pr. et 1 ; 46, 7, 3, 2 ; 47, 10, 17.

(3) *D.*, 3, 3, 1. (Palingénésis, 320). Nous discuterons dans le paragraphe suivant la définition attribuée à Ulpien.

(4) Il suspecte les trois passages où apparaît la distinction : *omnium rerum... unius rei*, le mot : *verius*.

procurateurs dans la vie réelle nous autorise à confirmer très amplement la critique d'Albertario, bien que nous n'entendions point comme lui le texte précité. Les compilateurs trahissent leur intervention par les exemples qu'ils choisissent de *procurator unius rei*. Comment Ulpien eût-il décoré du titre de *procurator* qui ne va point sans pouvoirs ni sans privilèges le simple porteur d'une lettre ou d'une corbeille ? Il est facile, croyons-nous, d'expliquer cette incohérence par une maladresse des compilateurs : leurs exemples sont calqués sur l'énumération, qu'ils viennent de transcrire, des modes de constitution du *procurator* (5) et ce n'est pas le seul cas où se découvre dans le Digeste un surmoulage malheureux.

Les jurisconsultes romains ne pouvaient songer à ces deux catégories extrêmes : l'intendant général et le simple émissaire, alors que les procurateurs qu'ils avaient sous les yeux appartenaient presque toujours à des catégories intermédiaires. Où est, dans cette classification sommaire, la place du procurateur rural qui n'administre qu'un domaine, celle du procurateur comptable qui s'occupe seulement des créances et des dettes ?

3. La distinction mise sous le nom d'Ulpien au Digeste ne leur fait point de place. Au contraire, Paul les avait en vue quand il composait l'énumération insérée aux *Sentences* (6).

Procurator aut ad litem aut ad omne negotium aut ad partem negotii aut ad res administrandas datur.

(5) *Constitutus... per nuntium vel per epistolam... sicuti... qui... epistulam vel nuntium perferendum...* En outre, la répétition : *perferendam, perferendum*, est fort peu élégante.

(6) *Sentences*, I., 3, 2.

Les deux catégories intermédiaires (*aut ad omne negotium aut ad partem negotii*) sont regardées par Albertario comme introduites par voie d'interpolation, sans qu'il insiste d'ailleurs sur les circonstances de cette très curieuse addition, qui serait une preuve nouvelle du parallélisme des doctrines scolastiques de l'Orient et de l'Occident.

Mais il est difficile d'expliquer par le hasard une création qui, justifiée à Beyrouth ou à Byzance par l'élaboration de la théorie du mandat, serait chez les Wisigoths et plus généralement dans les pays occidentaux fort étonnante.

En vérité, il n'y a aucune raison de reconnaître dans le fragment précité des *Sentences* le *procurator unius rei*. Celui-ci a bien été placé par les compilateurs dans la division scolastique (7). Le procureur rural — celui de Plinc ou d'Agrippa — qui n'est pas un *procurator omnium rerum*, est cependant chargé de tout ce qui concerne un domaine, *omne negotium*. On en peut dire autant du procureur banquier. Et le procureur de Trimalchion, qui remplit dans le maniement des deniers les fonctions normalement réservées à son maître, recueille une part de ses attributions juridiques, il s'occupe d'une série d'opérations déterminées, *pars negotii*.

L'opinion commune s'est donc trop attachée à la figure du *procurator omnium rerum*. Ce qui caractérise le procureur, c'est moins le rayon de ses pouvoirs que leur caractère. Le procureur est celui qui, dans des cercles variables, remplit les fonctions du maître : né sur un domaine peu étendu, il gouverna toute chose ; plus tard, quand les patriciens eurent

(7) Peut-être par une imitation de la distinction — insuffisamment étudiée — entre *Societas omnium bonorum* et *Societas unius rei*.

acquis des domaines nombreux et immenses, on le mit à la tête d'une exploitation ou d'un service.

4. La notion primitive d'un procureur général tout puissant s'est peu à peu dissociée. On a fractionné le patri-moine, retenu comme caractéristique du procureur non plus la généralité de l'office, l'administration de toutes choses, *omnium rerum*, mais seulement le pouvoir quasi-dominical dans un domaine ou dans l'accomplissement de fonctions juridiques spéciales.

Comme on avait morcelé l'administration, il était fort naturel d'en séparer la justice. Il ne nous paraît pas utile de supposer que la procuratelle s'est spécialisée à la justice grâce à la fiction d'une administration générale. Peut-être serait-on mieux fondé à admettre que la dispersion des fonctions administratives et leur abandon jusques en des mains serviles mirent en relief la distinction entre l'administration, divisible, permanente, et à laquelle peuvent pourvoir même des esclaves, et le procès, indivisible, accidentel, et dont ne peut s'occuper qu'un homme libre.

Au temps de Gaius, le *procurator ad litem* est bien individualisé. Et ce procureur judiciaire, qui finit par remplacer le *cognitor* reçut de celui-ci un certain nombre de ses traits, notamment la qualité de mandataire, que l'on ne s'accorde pas à regarder comme nécessaire, à la fin du II^e siècle, et la spécialisation à une affaire déterminée. Il nous paraît très probable que le mandat devint régulier en premier lieu pour le *procurator ad litem*.

III

LA DÉFINITION ET LE FONDEMENT DES POUVOIRS DU PROCURATEUR, D'APRÈS LES JURISCONSULTES CLASSIQUES

1. C'est au *procurator ad litem* que Gaius⁽¹⁾ consacre presque tous ses développements. Et la comparaison du fragment attribué à Ulpien avec les expressions des *Institutes* de Gaius (1) et celles des *Sentences* de Paul (2), nous suggère une hypothèse infiniment vraisemblable : à savoir que la définition du *procurator* dans le texte fondamental que nous avons cité est la déformation d'un passage où il n'était question que du procureur judiciaire.

a) Cela résulte en premier lieu des modes de constitution du *procurator* auxquels fait allusion notre texte.

On avait coutume d'opposer au *cognitor* qui est toujours nommé « *certis verbis* », le *procurator* constitué *nudis verbis*, et, si l'on veut, par lettre ou par messenger. Les commissaires du Digeste ont étendu à tous les procureurs des expressions qui ne s'appliquaient, en vérité, qu'à une catégorie d'entre eux.

b) La seule raison fournie par Ulpien pour justifier le procureur, c'est que ceux qui ne veulent pas ou ne peuvent pas s'occuper de leurs affaires, doivent être en mesure d'agir et de se défendre en justice (3). Donc, le *procurator ad litem* est seul visé.

(1) Gaius, IV, 84.

(2) *Sentences*, I, 3, 1 : *Mandari potest procuratio praesenti et nudis verbis et per litteras et per nuntium et apud acta praesidis et magistratus.*

(3) D, 3, 3, 1, 2.

c) On n'a pas pris garde que dans ce neuvième livre sur l'Edit, Ulpien lui-même montre que l'administration n'est pas le seul champ d'activité du *procurator*. Il s'attache à la séparer de l'exercice des actions en justice (4) :

Eum vero qui de statu suo litigat procuratorem habere posse non dubitamus, non solum in administratione rerum, sed etiam in actionibus...

Comment eût-il défini simplement le procureur : « celui qui administre » ?

2. Comment, enfin, la nécessité du mandat pour la constitution du *procurator ad res administrandas* aurait-elle été affirmée si catégoriquement, dans un temps où Ulpien lui-même atteste l'existence du *procurator voluntarius* (5), dont Julien a discuté les pouvoirs (6) et que Paul définit (7)...

3. On pourrait, il est vrai, se demander si ce gérant est un procureur véritable. Le Digeste lui dénie cette qualité (8).

Verum autem accipere debemus eum, cui mandatum est, vel specialiter vel cui omnium negotiorum administratio mandata est.

Le vrai procureur serait celui qui a reçu un mandat, général ou spécial, le *voluntarius procurator* n'étant qu'un *falsus procurator* (9).

(4) D. 3, 3, 33, 1. (*Palingénésie*, 322).

(5) D. 46, 3, 58, pr.

(6) D. 46, 3, 34, 4.

(7) *Sentences*, I, 3, 3 (= *Cons.* 3, 6) : *Voluntarius procurator, qui se negotiis alienis offert...* Déjà Cicéron emploie cette expression dans *Brutus*, 4, 17.

(8) D. 46, 3, 12, pr.

(9) Cf. Dernburg, *Pand.*, I, 279, n. 14.

Le caractère apocryphe de cette décision est naturellement affirmé par ceux qui considèrent comme byzantine l'exigence du mandat pour l'institution du *procurator*. Avec Albertario (10), nous pensons que la phrase mise sous le nom d'Ulpien est tout entière de la main des commissaires de Justinien (11).

Que, d'ailleurs, les expressions : *falsus procurator*, *verus procurator*, soient souvent interpolées dans le Code et dans le Digeste, nous en avons des preuves certaines (12).

Elles se trouvent aussi dans des passages qui n'ont pas encore été suspectés (13). S'il faut admettre — ce qui nous paraît douteux — que ces passages sont empruntés intégralement aux classiques, ils établiraient seulement que l'on aurait étendu au procureur la terminologie en usage pour le tuteur (*falsus tutor*) (14). Julien semble appeler *falsus procurator* simplement celui qui se présente comme *procurator* alors qu'il ne remplit pas cet office (15). Et tel est encore le sens

(10) Albertario, *Procurator*.... p. 10.

(11) Nous croyons avoir déjà établi que le procureur n'est pas nécessairement un mandataire. Le texte que nous discutons est écrit dans une langue peu classique (*cui... cui, mandatum-mandata*) ; il contient une expression suspecte (*vel specialiter*) et met en première ligne, maladroitement, le *procurator unius rei*.

(12) La comparaison entre la l. 24 C. J., 2, 12 et la l. 3, C. Th., 2, 12, montre que les Byzantins ont ajouté : *falsus procurator* pour désigner le procureur judiciaire qui n'a point de mandat. — La 13^e édition du Digeste signale que l'expression *verus procurator* est interpolée dans D. 5, 1, 56 ; 46, 8, 12, 1 ; h. t., 22, 8 (deux fois pour *cognitor*).

(13) Ces textes sont : D. 15, 4, 1, 9 ; 16, 3, 13 ; 17, 1, 26, 5 ; 39, 1, 5, 18 ; h. t., 13, 2 ; 43, 16, 1, 13 ; 46, 8, 3 et 16 ; 47, 2, 43.

(14) Cf. Neustetel, *Unterschied zwischen Protutor oder Procurator, und falsus tutor* (Arch. f. civ. Pr. I, 246, ss.).

(15) D. 39, 1, 13, 2 ; 43, 16, 1, 13.

supposé par Ulpien lui-même, dans un fragment où il traite comme voleur le *falsus procurator* qui reçoit des deniers (16).

Déjà au 11^e siècle, il était permis d'appeler *falsus procurator* le *procurator ad litem* qui se présente spontanément. Plus tard, quand la *procuratio* extra-judiciaire fut rentrée dans les cadres du mandat, on put appeler *falsus procurator* non seulement celui qui se fait passer fallacieusement pour procureur mais un *negotiorum gestor*.

Précisément, la question est de savoir comment pour les divers actes juridiques, on en vint à considérer le procureur comme un mandataire ou à limiter ses pouvoirs. Nous examinerons successivement les principales questions au sujet desquelles les jurisconsultes se sont préoccupés de l'activité du procureur : acquisition de la possession, aliénation des biens, administration ordinaire, extinction des obligations. Notre propos est simplement de montrer le développement historique des principes du droit (17).

IV

ÉVOLUTION DES POUVOIRS DU PROCUREUR

A L'ÉPOQUE CLASSIQUE

A. — Acquisition de la possession.

1. Le caractère primitif de la possession rend compte de l'aptitude incontestée du procureur à l'acquérir pour le *dominus*. La possession est une parcelle du domaine public

(16) *D.* 47, 2, 43. cf. Last, *op. cit.*, p. 72, s.

(17) Dans cet exposé, qui n'est que le dernier paragraphe de notre étude historique, nous n'entendons évidemment pas discuter tous les textes relatifs au *procurator*.

occupée par des particuliers (1), le plus souvent des patri-
ciens (2), qui peuvent charger un procureur de s'installer
sur le fonds (3) et d'y assurer leur « domination » (4).

L'activité du procureur devint plus difficile à expliquer,
lorsque les jurisconsultes commencèrent de distinguer dans
la possession deux éléments : le *corpus* et l'*animus* (5).

Il ne s'agissait point de créer au profit du procureur un
privilege, mais seulement de justifier ses usages, de lui per-
mettre d'acquérir directement la possession au *dominus* bien
que celui-ci n'eût point le *corpus* (6).

Cette faculté fut laissée au procureur après quelques
hésitations dont Neratius, Gaius et Ulpien témoignent (7). Elle
est traditionnellement reconnue à la fin du II^e siècle :

Per [procuratorem] ignorantibus quoque adquiri possessionem et, postquam scientia intervenerit usucapionis condicio-

(1) Cuq, *Recherches*.... p. 7. Textes dans Giraud, *Recherches sur le droit de propriété chez les Romains*, Aix, 1838, p. 194.

(2) H. Dernburg, *Entwicklung und Begriff des jurist. Besitzes des rom. Rechts*, Halle, 1883, p. 8.

(3) On trouvera quelques suggestions dans G. Capone, *Saggio di ricerche*... *Arch. giurid.*, 1893, notamment p. 171, ss.

(4) Cette idée de domination dans la possession primitive est développée par Bonfante, *Il punto di partenza nella teoria romana del possesso* (*Mél. Moriani*, I, 171, ss).

(5) La notion de l'*animus* apparaît déjà dans l'œuvre de Labéon. Elle prend une importance capitale dans celle de Papinien et surtout dans celle de Paul. Cf. Rotondi, *Possessio*.... p. 11.

(6) Nous examinerons plus loin la question de la détermination de l'*animus*.

(7) D. 41, 3, 41. Gaius, 2, 95 (il n'est pas certain que les mots effacés à cet endroit du texte soient *per procuratorem*). D. 41, 20, 2 (Ulpien) : *quia placet*....; h. t., 34, 1 (Ulpien) : *cum placeat*....

nem inchoari posse, tam ratione utilitatis quam juris pridem receptum est (8).

2. Ce n'est pas en souvenir de son ancien état servile que le procureur acquiert directement au maître la possession. Cette explication, qui est universellement admise, est contredite par ce que nous savons de la condition véritable du procureur. Il serait, d'ailleurs, étrange que pour le *procurator libertus* la *manumissio* eût cet effet de renforcer une règle propre à l'esclave ; car si l'esclave, lui aussi, peut acquérir directement pour son maître, *etiam ignoranti*, c'est seulement dans les limites du pécule (9), la formule plus générale que nous a transmise le Digeste étant interpolée (10).

Si la même maxime a été — avec une extension différente — appliquée au procureur et à l'esclave, c'est seulement parce que les mêmes raisons « d'utilité et de droit » la justifiaient dans l'un et l'autre cas.

Or, nous savons comment les classiques ont expliqué que le maître pût acquérir la possession à son insu, par l'intermédiaire de l'esclave. Papinien fournit la *ratio utilitatis* : *ne*

(8) G. J., 7, 32, 1 On sait que les commissaires du Code ont remplacé : *procuratorem* par *liberam personam*. Les mots : *tam juris* sont effacés par Beseler (IV, 61) sans qu'il fournisse des raisons.

(9) *quasdam res etiam ignorantes possidemus id est quas servi peculiariter paraverunt : nam videmur eas eorundem et animo et corpore possidere*. D. 41, 2, 3, 12. Cf. h. t., 1, 5.

(10) P. de Francisci, *Sull' acquisto del possesso per mezzo dello schiavo*, in *Reale Istituto Lombardo di Scienze e Lettere*, t. 40, 1907, p. 1002-1017. La conclusion (qui nous paraît solidement fondée) de cet article est que la généralisation de la maxime, primitivement appliquée au pécule, est l'œuvre des Byzantins, qui ont remplacé *peculiariter* par : *ex omni causa*.

cogerentur domini per momenta species et causas peculiorum inquiriri (11). Et Paul, avec plus de pénétration psychologique, énonce la *ratio juris* : *quia nostra voluntate intellegantur possidere qui eis peculium habere permiserimus* (12).

La constitution de Sévère et Antonin doit donc être ainsi entendue : le maître n'est pas en mesure de vérifier à chaque instant les actes du procurateur ; une fois pour toutes, il a signifié sa volonté de posséder tout ce que lui acquerra cet homme de confiance.

3. Comment concilier le fait d'une ignorance absolue avec l'exigence du mandat ou de la ratification (13) qui se trouve énoncée en plusieurs textes ?

Solazzi pensait que ce mandat n'est autre que le mandat général du *verus procurator*.

Mais puisque le mandataire n'acquiert point ordinairement la possession pour son mandant, pourquoi les jurisconsultes eussent-ils insisté sur cette qualité du procurateur ? La meilleure preuve qu'il s'agit d'un mandat spécial, c'est que les textes du Digeste que nous avons indiqués supposent qu'il pourrait ne pas exister (14).

Une distinction subtile a été proposée récemment par Last, qui observe : le texte célèbre de Neratius, qui a donné lieu à tant de controverses, distingue : l'achat fait pour le

(11) *D.* 41, 2, 1, 5.

(12) *D. h. t.*, 44, 1.

(13) *D.* 41, 2, 42, 1^{er} ; 3, 8, 23 (24) ; 43, 26, 6, 1.

On se rappelle l'explication proposée par Schlossmann, que nous avons indiquée dans notre Introduction.

(14) *D.* 41, 1, 13 ; 41, 2, 42, 1.

compte du mandant, la tradition faite à son nom. Le contrat de vente est séparé de son exécution, le mandat n'étant donné que pour la *causa possessionis*, et non pour l'acquisition de la possession. Le procureur, agent stable, représente l'*animus* du maître. Il passe les contrats comme mandataire, mais c'est comme procureur qu'il acquiert la possession au *dominus* (15).

Même ainsi limitée, la part faite au mandat devait être contestée en Italie. Conformément à la doctrine de Bonfante, Rotondi considère l'exigence du mandat comme ajoutée par les compilateurs (16). Le procureur acquerrait la possession à son maître dans tous les cas, parce que sa position fait connaître aux tiers qu'il n'a pas acquis pour lui-même. En disant qu'il possède *alieno nomine* (17), les jurisconsultes entendraient indiquer que le procureur remplace le maître pour les deux éléments de la possession.

L'exigence du mandat nous paraît d'autant plus suspecte d'inspiration byzantine que la maxime : *etiam ignoranti* déclare inutile une manifestation expresse de volonté. Cependant, la condition sociale du procureur ne rend pas évidente son intention de posséder pour le maître. Nous avons observé que le procureur est souvent un personnage riche : c'est le cas de presque tous les *procuratores absentis* que nous connaissons et de bien des procureurs ruraux. Comment supposera-t-on qu'ils acquièrent pour le *dominus* et non pour eux-mêmes ? Il faut évidemment que le *procurator* fasse l'acquisition dans l'intérêt du *dominus*, non dans son intérêt pro-

(15) Last, *op. cit.*, p. 53, ss.

(16) Rotondi, *Possessio...* p. 110.

(17) *D.* 41, 2, 18, pr.

pre (18). Nous pensons que telle fut la condition principale pour cette acquisition directe, au moins au début de l'époque classique. Si cette condition est remplie, l'acquisition est faite directement au profit du maître, même s'il s'est trompé sur l'objet, pourvu que le procurateur dont il s'est approprié la volonté n'ait point commis d'erreur (D. 41.2.34.1).

L'acquisition faite par le *procurator voluntarius* ne profite au *dominus* qu'après une ratification qui nous paraît avoir effet rétroactif.

4. Il nous semble très probable — encore que les textes obscurs et généralement suspects, n'autorisent pas les affirmations très fermes — que la doctrine tendit à réduire l'importance de la volonté du procurateur. Julien pense que si le procurateur veut acquérir pour lui un don destiné au maître, il empêche la donation de s'accomplir (19). Au contraire, Ulpien décide que cette disposition du procurateur ne crée pas un obstacle (20). N'est-il point possible que cette contra-

(18) D. 41, 2, 1, 20. Beseler (*Beiträge*, IV, 57) admet malgré Gradenwitz (*Interpol.* 221) et Lenel (*Iher Jahrb.* 36 (1895), 45) que l'opinion exprimée dans ce fragment, et que nous reproduisons, appartient aux classiques. — Sur le sens de *nostro, alieno nomine*, cf. Schlossmann, *op. cit.*, p. 151, ss. — L'un des meilleurs exposés dogmatiques de l'Acquisition de la possession par le procurateur est celui de van Wetter, *Pandectes*, I. 474, ss.

(19) D. 41, 1, 37, 6 :... *si procuratori meo rem tradideris ut meam faceres, is hac mente acceperit, ut suam faceret nihil agetur*. (Texte non suspect. cf. Beseler, IV, 56).

(20) D. 39, 5, 13 :... *nam et si procuratori meo hoc animo rem tradiderit, ut mihi adquirat, ille quasi sibi adquisiturus acceperit, nihil agit in sua persona, sed mihi acquirit*. Les derniers mots sont suspects à Alibrandi (*Opere*... 271, ss) et à Krüger.

diction, dont on a vainement cherché l'explication (21) soit le résultat d'une évolution historique, qu'elle marque un acheminement vers la transformation (que nul ne conteste) du procurateur qui, à l'époque byzantine, est devenu un simple instrument (22) ?

L'avilissement de la condition du procurateur pourrait dans une certaine mesure être cause de la dépréciation de son *animus*.

5. Si important que soit le rôle du procurateur dans l'acquisition de la possession, il ne faut pas oublier que jamais les classiques n'assimilèrent complètement le procurateur à l'esclave. Celui-ci peut usucaper à l'insu du *dominus* (23), tandis que l'usucapion ne peut commencer pour le *dominūs* à qui le procurateur acquiert la possession que si ce maître est de bonne foi (24).

La faculté d'acquérir du procurateur est d'ailleurs limitée à la possession (25); il eut pour conséquence la possibilité d'une acquisition naturelle de propriété par intermédiaire (26).

(21) Sur les innombrables solutions proposées, v. par exemple Sokolowski, *Die Philosophie im Privatrecht*, II, n. 334, p. 492, ss.

(22) Cf. Rotondi, *Possessio...* p. 113.

(23) Schulz, *Z. S. S.*, 1912, p. 62, ss.

(24) *D.* 41, 3, 47 (interpolation probable, mais qui n'infirme pas le principe. Beseler, IV, 59). *C.* 7, 32, 1.

(25) *C.* 4, 27, 1 ; 7, 32, 8. Beseler (IV, 61) considère ce dernier texte comme interpolé : il a tort d'y dénoncer une affirmation de la représentation du *dominus* pour l'acquisition de la propriété (ce qui serait contraire à *C.* 4, 27, 1) : Sévère et Antonin acceptent une inéluctable nécessité (*et si proprietās ab hac separari non potest*).

(26) Cornil, *Droit romain*, Bruxelles, 1921, p. 194.

B. — Pouvoirs de disposition.

1. Les jurisconsultes classiques considèrent le procureur général comme chargé de la *libera administratio* des biens du *dominus*, de même qu'à l'esclave, au fils est parfois concédée la liberté d'administrer son pécule (27).

Dans la *procuratio cum libera administratione*, il peut y avoir une concession totale des droits du maître. Scaevola en donne un exemple (28) :

Lucius Titius fratris filio commisit rerum suarum administrationem ita (29).....

Scio filio salutem. Mihi quidem videtur naturae conveniens, ut patris necessariorumque patris filius curam gerat nec quisquam procurationem requirat, at si ea quoque quodammodo opus est, rerum mearum omnium procuratorem te facio, ut de iis constituas ut voles, sive vendere voles sive pignori rem obligare sive emere sive aliud quidvis facere, tanquam dominus rerum mearum, cum ego ratum habiturus sim quaecunque gesseris neque in ulla re tibi contra dicturus.

Seius regarde comme un office naturel l'administration des biens paternels par le fils de famille. Il lui donne, par surcroît, une procuration expresse, qui lui permettra de disposer

(27) Mandry, *Familiengüter*, II, p. 69, ss ; p. 86, ss. Schlossmann, *op. cit.*, p. 112, ss. a cité sept textes où il croit voir une opposition entre *procurator omnium bonorum* et *procurator cum libera administratione*. Le seul où la distinction soit perceptible (*D.* 3, 3, 63) est, nous le montrerons bientôt, interpolé.

Partout ailleurs, le *procurator omnium bonorum, cum libera administratione* est séparé du procureur domestique, majordome, intendant rural ou, parfois, chef d'un service.

(28) *D.* 17, 1, 60, 4.

(29) Nous donnons seulement la traduction latine, d'ailleurs très exacte, de l'original grec reproduit par Scaevola.

du patrimoine comme un maître, en lui promettant que tous ses actes seront ratifiés.

Il est certain que la procuration, malgré les dires de Seius, constitue le véritable titre du fils dans l'exercice de son pouvoir quasi-dominical. La question est plutôt de savoir s'il tient ce pouvoir uniquement de la procuration générale ou bien encore des autorisations expresses de disposer qui sont énoncées dans le texte.

Kübler (30) a-t-il raison de considérer que ces mentions qu'il appelle incidemment des mandats spéciaux, écartent le problème du contenu de la *procuratio omnium rerum* ? Si même l'on admet son interprétation, la procuration ne contiendrait normalement que des pouvoirs d'administration, puisqu'il faudrait, pour aliéner, des mandats spéciaux. Mais il nous paraît à peine douteux que l'énumération d'actes juridiques faite dans ce document soit autre chose qu'une définition des très larges pouvoirs concédés primitivement au *procurator omnium rerum*. Cet office est donné à Seius pour qu'il puisse aliéner, engager, acheter, faire tout ce qu'il voudra (*ut de iis constituas ut voles...*).

Il accomplira tous ces actes de disposition parce qu'il est un *procurator omnium rerum*, au sens où Cicéron entendait ce mot (*tanquam dominus = quasi quidam paene dominus*).

Mais au temps de Justinien, le procureur a perdu la liberté de disposer des biens du maître. Des textes du Digeste lui interdisent d'accomplir sans mandat spécial certains actes

(30) B. Kübler, *Griechische Tatbestände in den Werken der Kasuistischen Literatur*, Z. S. S., R. A., 29 (1908), p. 219, ss. Kübler montre (p. 222) que la *procuratio* reproduite par Scaevola est bien un acte de la pratique romaine. Il confronte les deux textes : grec et latin.

qui dépassent les bornes de l'administration ordinaire, purement conservatoire. Le plus expressif de ces textes est placé sous le nom de Modestin (31) :

Procurator totorum bonorum, cui res administrandae mandatae sunt, res domini neque mobiles vel immobiles neque servos sine speciali domini mandatu alienare potest, nisi fructus aut alias res quae facile corrumpi possunt.

Personne ne songe aujourd'hui à reconnaître dans ce texte la langue des classiques. Mais la question est de savoir si, comme le pense Bonfante (32), les restrictions mises au pouvoir de disposition du procurateur sont byzantines ou bien si, dès l'époque classique, les empereurs et les jurisconsultes commencèrent de les poser.

Quelques textes importants de l'époque classique nous fournissent les éléments d'une réponse.

Gaius cite le procurateur parmi ceux qui peuvent aliéner une chose dont ils ne sont pas propriétaires (33) :

Ex diverso agnatus furiosi^o curator rem furiosi alienare potest ex lege XII tabularum ; item procurator..... ; item creditor pignus ex pactione, quamvis ejus ea res non sit. intellegitur pignus alienari, qui olim pactus est, ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur.

Bien des formules ont été proposées pour combler la

(31) *D.* 3, 3, 63. D'autres textes mentionnent l'exigence du mandat, notamment *D.*, 13, 7, 11, 7 ; 19, 1, 13, 25 ; *h. t.*, 20.

(32) Bonfante, *Facoltà...* p. 3, ss. observe : *totorum bonorum* est une expression de mauvaise latinité ; *cui res...* un pléonasme ; *sine speciali mandatu*, une formule suspecte ; la répétition de *domini* paraît surprenante, non moins que la mention de *res immobiles*.

(33) Gaius, II, 63-64.

lacune du manuscrit (34). En général, on s'est efforcé d'exprimer une limitation au pouvoir du *procurator*. N'est-il pas très probable que Gaius énonçait simplement le fondement de la liberté laissée au procurateur, comme il l'avait fait pour le curateur du fou, comme il va le faire pour le créancier gagiste ? Ce fondement traditionnel, c'est tout simplement le vicariat qui lui est confié. Et il est important de noter la place assignée au procurateur : l'énumération commence par une personne chargée de remplacer complètement une volonté absente et se termine par une personne à qui l'on prête la volonté du débiteur : on ne saurait mieux suggérer la position du procurateur, *quasi dominus*, qui, nommé par un maître lucide, ne peut agir que selon la volonté probable de ce maître. En somme, le principe primitif, probablement conservé au temps de Gaius — quels que fussent les usages — devait être : la faculté pour le procurateur de faire toutes les aliénations que le maître eût normalement décidées.

2. Mais si la procuratelle générale peut inclure ces larges pouvoirs de disposition, si même elle emporte parfois abdication totale du maître, une pareille renonciation dut être rarement consentie, lorsque l'absence ne fut plus la cause nécessaire de l'institution d'un procurateur.

(34) Böcking, Huschke (1^{re} éd.) supposent que Gaius indique comme fondement de la faculté d'aliéner : la *libera administratio* ; Dernburg (*Pfandreht*, II, 109) : la volonté du mandant. Mommsen propose : *Siquid ne corrumpatur distrahendum est*. — Krüger : *rem absentis cujus negotiorum libera administratio concessa est*. — Bonfante (*Facoltà...*) pense qu'il suffisait d'invoquer la coutume. Dans un autre fragment (*D.* 41, 19, 4), Gaius observe que le procurateur faisant tradition *ex voluntate domini*, l'acquéreur est immédiatement propriétaire.

La *procuratio* est regardée par Julien comme une *praepositio* (35) : tout porte à croire qu'elle était souvent accompagnée d'une *lex*.

Plusieurs papyrus nous renseignent sur les termes de ces procurations. Dans le *B. G. U.* 300 (a. 148), Sempronius Clemens a pleins pouvoirs d'administration et la ratification de tous ses actes est promise (36). Le *P. Oxy* 727 (a. 154) contient une délégation de pouvoirs faite par deux citoyens romains au procureur ($\phi\rho\omicron\nu\tau\iota\sigma\tau\acute{\eta}\varsigma$) (37), qui s'occupe de leur propriété dans le nome d'Oxyrhinchos : il gérera les intérêts de leurs pupilles comme eussent géré les tuteurs.

Mais la définition des pouvoirs accordés à ces deux agents est beaucoup plus stricte que celle des pouvoirs de Seius : ils donneront à bail, percevront les revenus. Le second, Ophelas, vendra les fruits.

Ainsi, l'on s'éloigne de la notion primitive d'un *procurator omnium rerum* dont les pouvoirs sont fixés par la coutume, pour déterminer les catégories d'actes que le procureur pourra accomplir.

Les raisons de cette limitation sont évidentes : la transformation de l'office en profession, la possibilité pour le maître de signifier sa volonté dans les cas importants, grâce à la

(35) *D.* 46, 3, 34, 3 : ... *Si Titium omnibus negotiis meis praeponuero deinde vetuero eum, ignorantibus debitoribus, administrare negotia mea, debitores ei solvendo liberabuntur ; nam is qui omnibus negotiis suis aliquem praeponit intellegitur etiam debitoribus mandare ut procuratori solvant.*

(36) Ces papyrus ont été étudiés par L. Wenger, *Die Stellvertretung im Rechte der Papyri*, Leipzig 1906, p. 222-229.

(37) Ce mot traduit *procurator* dans les Basiliques ; le $\phi\rho\omicron\nu\tau\iota\sigma\tau\acute{\eta}\varsigma$ a un mandat ou bien ses actes sont ratifiés. Cf. M. Bry, *Essai sur la vente dans les papyrus gréco-égyptiens*, Paris 1909, p. 156, ss.

sécurité, à la régularité des communications. La spécialisation du procureur a permis une extension du mandat. Une sorte de compromis s'est formé entre l'idée très large du procureur et celle, jadis très étroite, du mandat.

3. Pendant les deux premiers siècles de l'Empire, cet usage de fixer par un acte écrit les pouvoirs du procureur dut se généraliser. Puisque l'on avait reconnu la possibilité de ces mandats très larges, il était naturel que le maître prît la précaution d'exprimer avec soin sa volonté et qu'une présomption défavorable à la liberté du procureur s'établît.

Comme il arrive bien souvent, la loi ne fit que constater et sanctionner ce qu'admettait déjà la pratique. Elle rendit nécessaire ce que la Convention devait ordinairement stipuler : la limitation du pouvoir d'aliéner reconnu au procureur.

Un autre souci que celui de fixer les usages eut assurément beaucoup d'influence sur les décisions impériales : Un mouvement très général se produit dès le ^{II}^e siècle qui tend à restreindre le rôle des administrateurs du patrimoine d'autrui.

Les pouvoirs du tuteur qui furent à l'origine illimités avaient été réduits par l'Oratio Severi (195) (38), et par une constitution de Constantin (326) (39), et la jurisprudence étendit ces restrictions aux curateurs du fou, du prodigue, du mineur de 25 ans (40).

(38) *D.* 27, 9, 1, 2.

(39) *C. J.* 5, 37, 22.

(40) *Cuq, Instit. jurid.*, II, 800 ; *Girard, Manuel*, 237. Sur les pouvoirs du curateur à l'époque classique, cf. O. Lenel, *Die Cura Minorum der Klassischen Zeit*, *Z. S. S.*, 1914, p. 129, ss.

Le procurateur est constamment comparé soit au tuteur, soit au curateur. Il est *quasi dominus*. Or, Julien écrit du *curator furiosi* : *personam domini sustinet* (41) ; pour Paul, le tuteur est *domini loco* (42). Et Ulpien réunit tuteurs et curateurs dans une même formule, qui rappelle le *vicarius* de l'*Oratio pro Caecina* : *vice dominorum sunt* (43).

Il n'est donc point surprenant qu'une constitution de l'an 293 (44), fixant les pouvoirs de disposition du *procurator*, ait étendu les règles appliquées depuis peu de temps aux tuteurs et aux curateurs, et que l'usage avait déjà implantées :

Procuratorem vel actorem praedii, si non specialiter distrahendi mandatum accepit, jus rerum dominii vendendi non habere certum ac manifestum est...

C. — Pouvoirs d'administration ordinaire.

Extinction des obligations.

1. Ainsi, de plus en plus, la procuratelle évolue vers les formes d'une administration conservatoire. Et cette administration même est réglementée.

Les premiers jurisconsultes classiques se trouvaient en présence d'usages mal définis qu'ils se sont efforcés de rendre généraux, par une interprétation de la volonté du maître, et de régulariser dans les cadres du mandat.

Peut-être la question se posa-t-elle d'abord pour le pro-

(41) D. 47, 2, 57, 4.

(42) D. 43, 24, 11, 7.

(43) D. 50, 17, 157, pr. La trilogie *tutor, curator, procurator*, se trouve dans de très nombreux textes du Digeste ; malheureusement, elle est presque toujours suspecte. cf. Partsch, *loc. cit.*, p. 86, s.

(44) C. J. 2, 12, 16. Il est fort possible que l'incidente : *si non specialiter* — *accepit* soit interpolée.

curator voluntarius (45). Cet homme qui prend soin d'un patrimoine à l'insu du *dominus* pourrait être plus entreprenant que l'ami qui connaît les usages de l'absent et qui a reçu une mission expresse.

On a craint les hasards d'un *novum negotium* dont il se chargerait. S'il en résulte un dommage, Proculus décide que c'est le procurateur qui le subira (46).

Des idées analogues sont exprimées au sujet du procurateur institué. On lui remboursera les impenses utiles, celles qu'eût faites le *dominus* (47). Il pourra donner un objet en gage et exercera l'*actio pignoratitia*, si le *dominus* avait coutume (*solebat*) d'emprunter sur gage (48).

2. C'est surtout en matière de paiement que l'on se préoccupe des pouvoirs et des droits du procurateur.

La question était particulièrement délicate pour le *procurator voluntarius*. Dans un texte plein de finesse, Julien accorde au débiteur qui lui a remis de bonne foi les deniers dûs au créancier pour lequel il se présente, la *condictio*. Il pourra l'exercer jusqu'à la ratification, s'il a payé avec l'intention d'être immédiatement libéré, à partir de l'instant où le créancier n'aurait pas ratifié l'acte du *procurator voluntarius*, s'il a réservé cette ratification (49). Ulpien, qui rapporte cette

(45) Cf. H. Peters, *Generelle und Spezielle Aktionen*, Z. S. S., 1911, p. 271.

(46) D. 3, 5, 10.

(47) D. 15, 3, 3, 4.

(48) D. 13, 7, 11, 7 ; h. t., 12. La distinction entre procurateur qui a reçu mandat et procurateur général est byzantine (Bonfante).

(49) D. 46, 3, 58. V. sur ce texte Wedekind, *Erklärung der l. 58 pr. D. 46, 3 besonders in ihrem Verhältnisse zur l. 23 D. 3, 5*. Diss. Leipzig, 1910.

décision, dit ailleurs, plus sommairement : *ratihabitio mandato comparatur* (50).

Cela ne signifie point que le procureur régulièrement constitué ait un mandat véritable. Il est plutôt comparé, lui aussi, à un mandataire.

Ainsi, Julien pense que la *procuratio* est comme un mandat donné aux débiteurs de payer entre les mains du *procurator* (51), et Celse suppose que celui-ci a mandat de régler les dettes du *dominus* (52).

Ces interprétations n'ont point pour objet d'élargir les pouvoirs du procureur. Elles ne font que constater la vérité traditionnelle. Mais leur intérêt est dans ce fait que l'on commence d'insinuer la conception du mandat, de considérer qu'il y a apparence de mandat (*mandari videtur, mandari intelligitur*). En même temps que chaque *procuratio* peut énumérer les actes de disposition permis au procureur, la jurisprudence s'efforce de couler dans les formes d'un mandat général les pouvoirs d'administration.

Tout procureur authentique a qualité pour recevoir les

Nous ne pensons pas que l'A. ait raison de supposer que le premier cas prévu par Julien soit celui d'un *verus procurator*, le deuxième, celui d'un *falsus procurator*. Sa conception du *procurator* est, d'ailleurs, un peu étroite. — On peut encore consulter, comme l'une des plus intéressantes explications proposées celle d'Ogonowski. *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*..... Lemberg, 1877, p. 94, s.

(50) D. 46, 3, 12, 4. cf. Zimmermann, *Die Lehre der stellvertretenden negotiorum gestio*, Strasbourg, 1876.

(51) D. 46, 3, 34, 3.

(52) D., h. t., 87 (Stella Maranca, *Intorno ai frammenti di Celso*, Roma 1915, n. 233 :..... *cum quis procuratorem omnium rerum suarum constituit, id quoque mandare videtur, ut creditoribus suis pecuniam solvat, neque post ea expectandum est ut ratum habeat*. Ces expressions sont répétées par Paul, D. 12, 6, 6, pr. et D. 3, 3, 59.

paiements (53). Le procureur général est fondé à exiger la somme due (54).

Aucun procureur ne peut faire acceptilation pour le compte du *dominus* (55). Mais un moyen élégant est offert pour tourner cette prohibition : la novation par changement de créancier (56).

Le procureur, en effet, peut nover. Paul semble d'ailleurs mettre une différence entre le *procurator omnium bonorum* (57) et le procureur domestique, qui ne fait novation que *ex jussu nostro* (58).

3. D'une façon générale, nous croyons être autorisé à admettre qu'une évolution de la condition juridique du procureur s'est produite au cours de l'époque classique : à la notion coutumière du vicariat on tend à substituer celle d'un mandat (59). En interprétant la volonté normale du maître, on constitua un ensemble de droits et d'obligations propres au procureur — quelques différences étant maintenues entre

(53) D. 46, 3, 12, pr. : *Vero procuratori recte solvitur*. Albertario considère que : *vero* est interpolé. C'est plutôt l'explication de ce mot qui nous paraît suspecte.

V. encore D. 46, 3, 34, 3 ; *h. t.* 49 ; 13, 7, 11, 5 ; 2, 14, 11.

(54) D. 3, 3, 58.

(55) D. 46, 4, 3.

(56) D. 46, 4, 13, 10. Cf. P. Gide, *Etudes sur la novation...* Paris, 1879, p. 155 et 276.

(57) D. 3, 3, 58 ; 46, 2, 20, 1. Buckland, *A. Text-book of Roman Law*, Cambridge, 1921, p. 564, n. 7 observe justement à ce sujet que l'institution du procureur vaut mandat.

(58) *Sentences*, V, 8, 1.

(59) Pomponius ne parle que de l'*actio negotiorum gestorum* (D. 27, 3, 3 ; 34, 3, 8, 6) tandis qu'Ulpien considère que l'administration des *negotia* peut être donnée par mandat (D. 17, 1, 6, 1).

procurateur général et procurateur domestique. Et comme on avait ainsi abouti à une détermination de l'étendue des pouvoirs pour chaque catégorie d'opérations juridiques (aliénations, novation, etc.), il était aisé de fixer les droits d'un procurateur chargé d'un service spécial. Au procurateur comptable, par exemple, on applique les règles relatives au paiement et son importance justifie assurément la place consacrée à ces règles par les jurisconsultes.

Nous n'avons point de preuve que le procurateur, même à la fin de l'époque classique, fût nécessairement constitué par mandat. Mais nous savons par les analyses de Julien et de Celse, par les décisions plus catégoriques des jurisconsultes postérieurs, qu'on tendait à le considérer comme mandataire général, sans que les classiques aient jamais employé cette expression. La détermination de la volonté du mandant n'a point cessé d'être pour eux un caractère fondamental du mandat. Et c'est précisément parce qu'ils ont fort exactement déterminé les intentions normalement sous-entendues lors de l'institution du procurateur que l'on incline à interpréter comme une sorte de mandat tacite la mission qui lui est confiée.

Appendice

L'ACTIO QUASI-INSTITORIA

C'est au cours de cette longue recherche d'une sanction applicable à tous les actes du procurateur qu'apparut l'*actio quasi-institoria*.

On sait comment, peu à peu, s'est étendu le domaine de l'*actio institoria*, primitivement donnée contre le maître qui

a préposé son fils ou son esclave à une affaire commerciale (1).

Déjà Servius Sulpicius néglige la condition de négoce (2). Labeon semble avoir beaucoup élargi la notion d'*institor*, puisqu'il y englobe celui qui exploite une terre, le commis qui achète ou vend les marchandises, celui qui embaume ou ensevelit les morts, celui qui place les fonds du maître (3). Et cette catégorie des manieurs d'argent est spécialement visée par Julien (4). C'était là une fonction de confiance : le manie-ment des deniers a été de tout temps la principale affaire des procurateurs (5). Il y avait un grand intérêt pratique à ne point laisser indéterminée, dans ce genre d'opérations, la sanction de leurs pouvoirs.

Pourquoi n'étendrait-on pas au procurateur constitué pour recevoir les dépôts, *mutuis accipiendis*, la condition de l'*institor* (6) ? C'est ce que fit Papinien (7). Le résultat auquel il aboutit est si conforme à la logique qu'il est tout naturel de l'attribuer à la réflexion des jurisconsultes classiques (8).

Il nous paraît difficile, par contre, d'admettre qu'ils

(1) Sur cette évolution, cf. Solazzi, *Le azioni del pupillo...* B. I. D. R., 1911, t. 23, p. 154, ss.

(2) D. 14, 3, de *institor. act.*, 5, 1.

(3) h. t., 5, 7 et ss.

(4) h. t., 13, pr.

(5) Sur le procurateur banquier, cf. Mitteis, *Trapezitika*, Z. S. S., R. A. t. 19, p. 238.

(6) Solazzi (*op. cit.*, p. 155) pense que cette réception ne peut être l'objet d'une *praepositio institoria*.—

(7) D. 14, 3, 19.

(8) Bonfante, *Istituzioni*, p. 396 et Albertario, *L'actio quasi institoria*, Pavia, 1912, attribuent à Justinien la création de cette action, dont Solazzi, *loc. cit.*, p. 148, ss. veut, par contre, faire honneur à Labéon et à Julien.

aient dégradé la notion de *praepositio* au point de la considérer comme possible pour une affaire isolée (9).

L'*institor*, comme le *procurator*, peut être chargé d'affaires d'une importance variable, mais ce qui nous paraît être essentiel à la *praepositio* comme à la *procuratio* extra-judiciaire, c'est la stabilité de la charge, la répétition des actes.

Cependant nous ne regardons pas comme bien assurés les termes de la distinction établie par Rabel entre *procurator* et *institor* (10). Rabel a fort bien fixé les traits de l'*institor*, personnage très humble, mais rien ne prouve que le *procurator* assimilé à l'*institor* soit d'une condition différente. Nous n'y voyons pour notre part qu'un procureur esclave ou affranchi, *ad partem negotii*, que les classiques ont fait rentrer dans une catégorie juridique en l'assimilant à l'*institor*.

V. — CONCLUSION

1. L'histoire du procureur pourrait être décomposée en trois phases.

a. La première est marquée par le passage de l'idée morale à l'idée juridique : de la *commendatio* qui repose sur la confiance à la *negotiorum gestio*. Le prêteur rend obligatoire des rapports primitivement réglés par les mœurs et regardés comme *officium amicitiae*. Au pouvoir arbitraire de l'*amicus absentis* se substitue le vicariat du *procurator*, c'est-à-dire

(9) C'est dire que nous regardons comme interpolé le fr. 13, 25 D. 19, 1 où l'on n'aperçoit aucune raison d'admettre l'*actio quasi-institoria*.

(10) Rabel *op. cit.* On trouvera notamment dans l'étude de Rabel une interprétation nouvelle du fr. 5, § 10 D. 14, 3, que les Byzantins ont rendu en vérité, à peu près intelligible.

l'obligation stricte, pour l'homme de confiance, de se conformer aux usages du maître.

b. Dès l'instant où le droit eût imposé des règles et des sanctions générales, le caractère « amical » tendit à s'effacer. Tout homme libre a pu gérer les affaires de l'absent et le pouvoir quasi-dominical a été dans les grands domaines un *officium liberti*. L'indépendance du *procurator voluntarius*, d'une part, et, d'autre part, la prédominance, sous le Principat, des procureurs domestiques inclinent la pratique et la jurisprudence à définir rigoureusement le rôle du procureur.

Tout ce que l'on permettait aux divers procureurs d'accomplir quotidiennement fut regardé comme leur commun statut, le procureur général, *cum libera administratione* conservant une plus grande puissance (1). D'où la consécration des règles traditionnelles sur l'acquisition de la possession, sur le paiement, sur les aliénations : ce que l'on a tenu pour normal devient, sous l'Empire, nécessaire. Suivant un processus que la science moderne a fort bien décrit (2), les usages conventionnels ont déterminé une coutume universelle.

De cette coutume, les jurisconsultes classiques ont dégagé, justifié les traits, grâce à des critères variés. Il fallut d'abord consulter les actes écrits pour y reconnaître les clauses courantes, puis scruter les *intentiones des parties*. C'est ce que font, par exemple, Celse et Julien (3), en ce qui con-

(1) Il n'y a point de doute, on l'a vu, que ce *procurator cum libera administratione* est le continuateur du *procurator omnium rerum* de l'époque républicaine et jouit de droits très étendus.

(2) F. GénY, *Méthode d'interprétation...* 2^e éd., Paris 1919, t. I, p. 429.

(3) L. Boulard, *L. Salvius Julianus...* thèse, Paris, 1902, p. 182.

cerne les paiements, et c'est encore ce que font les inventeurs de la règle : *etiam ignoranti*.

On invoquera, en outre, la raison pratique, l'*utilité*, pour expliquer l'acquisition de la possession et l'exercice de l'*actio negotiorum gestorum*. Enfin, les *analogies* (4) que présentent les diverses catégories de procurateurs avec l'*institor*, ou l'esclave, ou le tuteur ou le curateur inspirèrent la création de l'*actio quasi-institoria* et de beaucoup de maximes ou de règles (5).

c. Toute cette construction doctrinale achemine à l'idée du mandat général. Le mandat avait été en quelque sorte ajusté aux formes mobiles du procurateur ; mais le procurateur commença, dès le temps du Bas-Empire, de perdre sa personnalité. On l'oublia pour ne retenir que les lois de son activité.

(4) Sur l'extension des règles juridiques par analogies ou approximation cf S. Riccobono, *Dal diritto classico al diritto moderno* (Ann. del Semin. giurid. della R. Università di Palermo, vol. III-IV, Palermo, 1917).

(5) L'étude de l'extension aux tuteurs et curateurs des règles applicables au procurateur et vice-versa exigerait tout un chapitre ; on aboutirait à confirmer cette conclusion que l'extension a été surtout l'œuvre des Byzantins. Par exemple, le fr. 34, 7 D. 18, 1 qui interdit aux procurateurs comme aux tuteurs d'acheter les biens qu'ils administrent pour autrui est interpolé (Solazzi, *Minore età*, p. 42 ; cf. Lehel, *Die cura minorum*, p. 144) et il n'y a aucune raison d'admettre que la mention des procurateurs se trouvât dans le texte de Paul : elle est introduite sous une forme des plus suspectes (*idem porrigendum est ad similia, id est curatores, procuratores et qui negotia aliena gerunt*).

D'autres textes semblent avoir été entièrement fabriqués par la commission édictale : ainsi, le fr. 17, D. 12, 2 qui étend au procurateur les règles sur la délation de serment formulées pour le tuteur nous paraît être composée à l'aide des fr. 11, 12 et 13 D. 2, 14, ce qui serait une nouvelle confirmation des hypothèses et des méthodes exposées par M. Collinet dans ses conférences d'Oxford (1922) et dans ses leçons de critique de textes faites à la Faculté de Droit de Paris, en 1920-21. Nous ajoutons les deux textes précités à la liste déjà longue de textes où le voisinage du tuteur, du curateur et du procurateur paraît à de nombreux auteurs imposé par Tribonien.

De la réglementation pratique, on passait à l'abstraction juridique : l'histoire de la *procuratio* se confond désormais avec celle du mandat (6).

2. Le rôle du procureur a toujours tendu à se restreindre. La liberté primitive fut vite oubliée. Une réglementation stricte réduisit peu à peu le procureur à n'être qu'un instrument.

Même dans sa plus brillante période, l'acquisition de la possession est la seule opération que le procureur ait pu réaliser directement au profit du maître. Les autres actes se réalisent en la personne de l'agent. Les Romains n'ont pas admis, fût-ce pour le plus actif des intermédiaires, l'idée de représentation directe, si largement comprise par plusieurs peuples de l'antiquité (7).

L'inaptitude à concevoir des abstractions suffirait à expliquer cette exclusion au temps des rois (8). Mais à l'époque

(6) L'histoire de la *procuratio* à partir du ^ve siècle ne manque pas d'intérêt. On pourrait d'abord se demander si, dès avant Justinien, certains textes relatifs au *procurator* n'ont pas été groupés dans des recueils aujourd'hui perdus et qui auraient servi aux commissaires du Digeste (sur cette hypothèse de Hofmann, qui sera peut être reprise au cours des études sur les interpolations préjustiniennes, cf. *B. I. D. R.* 1907, p. 134); puis, comment le Moyen-Age a transformé la théorie du *procurator*, pour l'adapter à de nouveaux personnages (on trouvera quelques suggestions pour l'étude de cette question dans la thèse de M. l'abbé Fournier sur les *Origines du vicaire général*, présentée le 29 juin 1922 à l'Institut catholique et qui sera bientôt publiée.

(7) Notamment à Babylone, cf. Fränkel, *Die Grundsätze der Stellvertretung bei den Scholastikern* (*Z. f. V. R. G.*, 1912, t. 27, p. 291, ss.) et les références nombreuses.

(8) Sur l'état d'esprit des peuples primitifs et leur inaptitude à concevoir les idées abstraites, cf. L. Lévy. Brühl, *La mentalité primitive*, Paris, 1922, notamment dans l'Introduction et p. 468.

classique, si les juriconsultes n'ont pas fait du procureur, sauf en matière de possession, un véritable représentant (9), c'est qu'ils n'ont pas eu besoin d'inventer cet artifice (10). Pour acquérir directement des droits, le *paterfamilias* recourt à ses esclaves. Et le développement de l'économie servile, qui a été l'une des causes de l'institution du procureur explique aussi la limitation de ses pouvoirs et pourquoi il ne fut pas utile de le traiter comme un représentant du maître.

Vu :
Le Doyen,
F. LARNAUDE

Le 3 Juin 1922
Le Président,
COLLINET

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
P. APPELL

(9) Il n'y a pas représentation directe dans le cas exposé par Scaevola (D. 17, 1, 60). Cf. Kübler, *loc. cit.*, p. 223.

(10) Cuq, *Manuel*.... p. 403.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

	Pages
I. — HISTOIRE DES DOCTRINES.....	7-19
1. Le Procurateur et le problème de la Possession	
2. La Doctrine traditionnelle	
3. Observations de Schloßmann	
4. Sa nouvelle conception du Procurateur	
5. Objections qu'elle soulève en Allemagne et en Italie	
6. Origines historiques des opinions et arguments des modernes	
7. Découverte d'interpolations dans les fragments relatifs au procurateur	
8. Résultats positifs obtenus par la Critique des textes	
II. — OBJET DE CE TRAVAIL. MÉTHODE.....	19-25
1. Intérêt que présente l'étude du procurateur	
2. Utilité d'une histoire générale de ce personnage	
3. Limites de cette étude	
4. Esprit dans lequel elle est entreprise	
5. Rôle des sciences auxiliaires	
III. — SOURCES.....	25-29
1. L'Edit du préteur et l'Edit des édiles	
2. Textes des jurisconsultes classiques	
3. Digeste et Code	
4. Basiliques	
5. Textes épigraphiques et papyrus	
6. Sources littéraires	
7. Institutions grecques et droit comparé	

CHAPITRE PREMIER. — LA GENÈSE DU PROCURATEUR

I. — LE PROBLÈME DE L'ABSENCE.....	30-31
1. Présence constante du père dans la maison primitive	
2. bouleversement causé par son absence à partir du v ^e siècle	
II. — MOYENS FOURNIS PAR LES PERSONNES EN PUISSANCE pour remédier aux inconvénients de l'absence du chef ...	32-37
1. Rôle des fils de famille	
2. Concession de droits aux esclaves	
3. <i>Villicus</i>	
4. <i>Procurator peni</i>	
5. <i>Atriensis</i>	

	Pages
III. — INSUFFISANCE DU CONCOURS FOURNI PAR LES ESCLAVES.	
Remèdes légaux et conventionnels	37-40
1. Les esclaves ne peuvent pourvoir à tous les besoins	
2. Remèdes légaux	
3. Remèdes conventionnels	
IV. — NÉCESSITÉ DE RECOURIR A DES <i>LIBERAE PERSONAE</i> ...	41-49
1. <i>Officium et amicitia</i>	
2. <i>Commendatio</i> : occasion, formes, signification, caractères généraux	
3. Passage à la <i>procuratio</i>	
4. Causes de cette transformation	
5. Comment elle s'est opérée	
CHAPITRE II. — LE PROCURATEUR SOUS LA RÉPUBLIQUE	
I. — LES PREMIERS TEXTES RELATIFS AU PROCURATEUR..	50-56
1. La définition de l' <i>Oratio pro Caecina</i>	
2. Elle est tirée d'une loi	
3. Antiquité de cette loi	
4. Le procurateur existe-t-il au temps de Plaute ?	
5. La l. agraire de 643/111	
6. Hypothèse sur le procurateur africain	
II. — CARACTÈRES GÉNÉRAUX DU PROCURATEUR AU TEMPS DE CICERON	57-63
1. Le procurateur est un homme libre	
2. Son pouvoir est quasi-dominical	
3. Sa mission est provisoire	
III. — LA SANCTION DES ACTES DU PROCURATEUR	63-70
1. Position du problème	
2. Exclusion de l' <i>actio mandati</i>	
3. Conditions et but de l' <i>actio negotiorum gestorum</i>	
IV. — LE PROCURATEUR ET LES USAGES GRECS	70-72
1. Epimélète, <i>ἐπιτροπος</i> , économe	
2. Hypothèse sur l'influence de la pratique hellénique	
CHAPITRE III. — LE PROCURATEUR AU TEMPS DU PRINCIPAT	
I. — ÉVOLUTION DES CARACTÈRES DU PROCURATEUR.....	73-79
1. Généralisation du <i>procurator absentis</i>	
2. Le procurateur devient un agent stable	
3. Fondement des devoirs du <i>procurator libertus</i>	
4. Le procurateur esclave	
5. Les procurateurs impériaux	
6. Etat des procurateurs au début de l'époque classique	

II. — LA CLASSIFICATION DES PROCURATEURS, DANS LA DOCTRINE CLASSIQUE	80-84
1. Comment les jurisconsultes ont construit leur théorie	
2. <i>Procurator omnium bonorum, procurator unius rei</i>	
3. La classification des <i>Sentences</i> de Paul.	
4. Hypothèse sur le morcellement des pouvoirs du procureur	
III. — FONDEMENT DES POUVOIRS DU PROCURATEUR.....	85-88
1. La définition attribuée à Ulpien	
2. <i>Procurator voluntarius</i>	
3. <i>Verus et falsus procurator</i>	
IV. — ÉVOLUTION DES POUVOIRS DU PROCURATEUR.....	88-105
A. Acquisition de la possession	
1. Position du problème. Solution	
2. Explication de la maxime : <i>Etiam ignoranti</i>	
3. Un mandat est-il nécessaire ?	
4. Hypothèse sur l'abaissement du rôle du procureur	
5. Observations sur ses pouvoirs en ce qui concerne la possession	
B. Pouvoirs de disposition	
1. Hypothèse sur la liberté primitive	
2. Limitations conventionnelles	
3. Limitation légale	
C. Pouvoirs d'administration ordinaire. Extinction des obligations	
1. Tendance à réglementer les fonctions du procureur	
2. Paiement	
3. Evolution vers le mandat général	
APPENDICE. — L' <i>actio quasi-institoria</i>	105-107
CONCLUSION	107-111
1. Évolution générale. Rôle de la coutume et de la doctrine dans cette évolution	
2. Procuratelle et représentation	

